



UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
Facultad de Ciencias Jurídicas
Más de 50 años enseñando Derecho
1957 - 2011

EL ROL DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL

**CONDICIONES BÁSICAS PARA EL EJERCICIO EQUITATIVO,
IDÓNEO Y EFECTIVO DE LOS PODERES-DEBERES DEL JUEZ EN
MATERIA PROBATORIA**

Director de tesis: DR. OMAR LUIS DIAZ SOLIMINE

Doctorando: MARIO MASCIOTRA

Buenos Aires, noviembre 9 de 2011

AGRADECIMIENTOS

A MI PADRE, GUILLERMO ROQUE MASCIOTRA, con la satisfacción de haberle cumplido una asignatura pendiente, por la sabiduría de sus consejos y el testimonio ético de su conducta, que me siguen iluminando.

A MI MADRE, MARÍA BELLOTTA, por el inagotable amor que me ha brindado y me brinda.

A MIS HIJOS FABIÁN y MARÍA DE LAS NIEVES, que desde su advenimiento a este mundo constituyen uno de los motivos fundamentales de mi existencia.

AL DR. FERNANDO LUCERO SCHMIDT, pues a su insistencia y perseverancia debo mi ingreso a la docencia universitaria, y desde entonces me ofrece su apoyo y estímulo constante.

AL MAESTRO AUGUSTO MARIO MORELLO, mi padre espiritual, su palabra señera, su juicio agudo y sus concepciones visionarias del derecho continúan enriqueciendo mi formación intelectual.

AL PROFESOR ADOLFO ARMANDO RIVAS, agudo investigador y entusiasta educador, la riqueza intelectual de sus enseñanzas y la inteligencia de sus constantes reflexiones, me permiten profundizar la labor investigativa

AL DR. OMAR LUIS DÍAZ SOLIMINE, con fino olfato y precisión me transmitió sus criteriosas y sólidas orientaciones, y me brindó su permanente aliento y colaboración desinteresada.

PÓRTICO

Fundamento de la elección del tema a desarrollar

Las diferentes etapas en que se desarrolla el proceso civil –introdutoria, probatoria, decisoria, recursiva y ejecutoria- revisten similar grado de importancia, pero sin lugar a dudas, ha sido la prueba la que ha trascendido con mayor potencialidad, provocando innumerables controversias y debates, y seguramente continuará generando en el futuro.

Su fundamental relevancia radica en que constituye un aspecto sustancial en la estructura del proceso civil, al ser decisiva para el éxito o para el fracaso de la acción litigiosa y se revela como el centro de gravedad de aquél.

Ante la magnitud de su trascendencia, es lógico colegir el marcado significado que posee la prueba sobre el pronunciamiento final que dicta el magistrado, que no solo resuelve el conflicto, sino que debe condensar el valor justicia. El *opus* decisorio para su validez constitucional descansa en la correcta, justa y objetiva aplicación del derecho a las circunstancias fácticas comprobadas de la causa, por cuanto axiológicamente, el núcleo medular del pronunciamiento judicial parte de la determinación de la realidad de los hechos litigiosos y con ella, la justicia concreta en el caso.

La satisfacción de tales presupuestos liminares depende en grado sumo del rol que le asignemos al juez en materia probatoria. La determinación de los alcances, la extensión y los límites de los poderes instructorios, y las correlacionables facultades de las partes tienen incidencia directa con la actividad jurisdiccional.

En un Estado moderno es del interés público impartir justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad. Un juez que abdique de tal alta misión no estará comprometido con el orden legal vigente ni con las garantías constitucionales y el pronunciamiento judicial pecará de arbitrario.

En consecuencia, estimo fundamental para una mejor y más eficaz administración de justicia determinar las **“Condiciones básicas para el ejercicio equitativo, idóneo y efectivo de los poderes-deberes del juez en materia probatoria”**.

Definición del problema

Es sabido que el tema probatorio se encuentra inmerso de una poderosa carga ideológica por cuanto el haz de radios convergentes tiene como destinatario al juez y a las partes del proceso, con sus consecuentes facultades o poderes, sus deberes, cargas, obligaciones y responsabilidades, el contenido y las fronteras de los mismos.

De acuerdo a las premisas filosóficas y sociológicas que adoptemos en nuestro análisis, variará la naturaleza que le asignaremos a la jurisdicción, a la acción y al proceso, que constituyen la trilogía estructural de nuestra ciencia.

Fácil resulta percibir que el rol del juez cambiará ostensiblemente conforme sea la posición en que nos enrolemos. En una concepción liberal-individualista, que coloca al proceso civil al servicio de las partes y el Estado como un tercero llamado a dirimir el conflicto, regido por un sistema dispositivo, se enarbola el modelo de la “neutralidad” del juez, relegado al rol de espectador pasivo, impasible e inerte no sólo para la conducción y ordenación de los trámites y la instrucción probatoria, sino aun por la atadura a las pruebas tasadas.

Frente a esta postura, en la concepción publicista, que analiza la acción a partir de la jurisdicción y al proceso como un instrumento para la actuación del derecho objetivo, el juez participa activamente en el proceso y lo conduce, y cuenta con poderes en la formación del material de cognición y en el control de la conducta de las partes.

Esta concepción del proceso civil, imbuída de un profundo solidarismo social a tono con el ideario más progresista, es objeto de duros cuestionamientos. Al amparo de una visión revisionista, se critica acervadamente los poderes discrecionales del juez, especialmente en cuanto le posibiliten el dictado de medidas oficiosas de prueba para la búsqueda de la verdad.

La doctrina tanto nacional como extranjera se encuentra inmersa en una clara y concreta confrontación entre quienes sustentan el “activismo judicial” y quienes se autodenominan “garantistas”; aunque, cabe reconocer, que nadie –en ninguno de los dos campos en los que aparece dividido el pensamiento procesalístico- aspira a posturas desprovistas de las garantías constitucionales.

La defensa apasionada de determinadas posiciones engeñe las mentes y turba el discernimiento al percibirse inexistentes connotaciones políticas o calificando ponencias o proyectos como autoritarios o no democráticos, en la medida que se avanza en otorgar al juez un rol activo.

Ante al debate doctrinario suscitado resulta impostergable un tratamiento objetivo del trascendente tema en cuestión y analizarlo con criteriosidad; partiendo de presupuestos racionales y científicos a fin de arribar a conclusiones equilibradas, fundadas en el respeto irrestricto de las garantías consagradas por nuestra Carta Magna y la satisfacción de la manda constitucional de “afianzar la justicia”.

Es indubitable que privar al juez de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos en un proceso civil es obligarlo a dictar una sentencia injusta y por ende, violatoria de la Ley Fundamental, pero también es cierto y valedero que la iniciativa probatoria jurisdiccional producto de una amplia discrecionalidad judicial provoca en no pocos casos, situaciones de arbitrariedad y parcialidad, difíciles de neutralizar por las limitaciones recursivas vigentes.

Los términos del conflicto están planteados: juez privado de facultades para autoconducir y consolidar sus posibilidades de conocimiento y con ello arribar a un resultado justo del proceso, frente a un tribunal de excesivo protagonismo con desprecio a los derechos inalienables de las partes.

Objetivo de la tesis

La idea central de la investigación practicada es que los magistrados deben asumir un rol activo en el procedimiento civil que les permita dictar una sentencia justa fundamentada en la realidad de los hechos litigiosos. Los poderes-deberes instructorios que el ordenamiento legal prescribe e impone a los jueces deben ser ejercidos no para resguardar un interés particular, sino el de la sociedad toda, que desea y pretende una justicia independiente, eficaz y expeditiva.

El ejercicio de los poderes-deberes para investigar y la iniciativa probatoria debe respetar los principios procesales –igualdad de las partes, bilateralidad o de contradicción y de congruencia- y las garantías constitucionales.

La omisión de tales poderes-deberes instructorios por parte de los jueces y la falta de debido contralor y requerimiento de las exigencias legales, como el incumplimiento del deber de leal colaboración activa de los litigantes (sus abogados), generará inexcusablemente responsabilidades.

Jueces y abogados son actores solidarios en el drama judicial, están juntos e indivisiblemente enfrentados al crucial desafío de cumplir la misión trascendental asignada al sistema de justicia.

El otorgamiento de mayores poderes a los jueces y el incremento de facultades a los abogados debe implicar asimismo un aumento de sus respectivas responsabilidades. Lo contrario sería concebir un derecho sin obligación, situación tan ilógica como puede serlo de una moneda con una sola cara, al decir del genio de CARNELUTTI. Con jueces y abogados más participativos, asumiendo mayores compromisos, vertebrando entre ellos un equilibrio funcional, avanzaremos en estructurar un proceso civil apto y dinámico, y en definitiva una justicia con rostro más humano y más cerca de la verdad.

En definitiva, el objetivo es concretar los lineamientos de un proceso civil en el que todos los sujetos privilegien el fin trascendente que el mismo tiene asignado: *hacer justicia y brindar la tutela plena y efectiva que se demanda a la Jurisdicción*.

Una de las arbotantes para dicho logro, lo constituye la consagración de los presupuestos básicos y necesarios para el ejercicio equitativo, idóneo y efectivo de los poderes-deberes del juez en materia probatoria. Su satisfacción incidirá ostensiblemente en el pronunciamiento de una sentencia justa, es decir, que confiera a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

Desarrollo de la investigación realizada

En virtud de que la solución del conflicto planteado y el logro del objetivo propuesto depende de la concepción y naturaleza que se le asigna a la jurisdicción, a la acción y al proceso —ejes estructurales de nuestra ciencia— estimé imprescindible iniciar la labor investigativa con un capítulo introductorio tendiente a definir la disciplina procesal, marcar sus caracteres, señalar sintéticamente el proceso histórico que desembocó en su autonomía y que, a pesar de ésta, la vigencia de innumerables comunicaciones con el derecho fondal permite determinar una clara simbiosis entre el Derecho material y el Derecho Procesal.

A partir de dicha introducción y esencialmente de una conceptualización enrolada en la corriente *jurisdiccionalista* —que privilegia el rol fundamental de la jurisdicción y su finalidad— se determina su naturaleza jurídica y su contenido (facultades, poderes, deberes y obligaciones).

Habiendo estimado que la consagración e instauración de los poderes-deberes de la jurisdicción, ha sido producto de una dilatada evolución histórica, es indudable que el análisis del derecho pasado y su confrontación con el vigente resulta imprescindible a fin de poder extraer elementos que permitan una mejor sistematización y comprensión de la naturaleza, dimensión y características de aquéllos. En atención a ello, se desarrolla una exposición sintética del proceso histórico de las instituciones jurisdiccionales desde la época romana hasta la actualidad.

En el capítulo tercero, ante la divergencia doctrinaria sobre la conceptualización de los principios y los sistemas procesales, siguiendo las enseñanzas de **Clemente DÍAZ** se concluye que la relación entre unos y otros, es que los primeros resultan los presupuestos políticos-jurídicos que estatuyó el constituyente como fundantes de un ordenamiento procesal determinado, mientras que los sistemas deben ser considerados como las formas metódicas a través de las cuales esos principios cobran vida en un cuerpo legal instrumental. Consecuentemente, se afirma la existencia de dos sistemas procesales fundamentales, que responden a dos concepciones distintas del proceso según la posición que en el mismo se asigne al juez y a las partes: el *sistema dispositivo* y el

sistema inquisitivo, aunque el proceso histórico -materia de tratamiento del capítulo segundo- demuestra que no son sistemas absolutos.

A continuación se caracteriza a los mismos y se puntualiza el predominio casi ininterrumpido del sistema dispositivo desde sus orígenes y los factores generadores de su transformación a partir del siglo XIX, tales como la monumental obra de Franz KLEIN -basamentado en la igualdad real de los litigantes-, la publicización del proceso, la humanización del derecho, la influencia de las mutaciones del derecho privado y el advenimiento de los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. A modo de colofón, se señalan los nuevos paradigmas en el proceso civil, aclarándose que dado el tema que incumbe a la presente tesis, sólo se aborda el rol de los jueces en materia probatoria en el proceso civil.

Antes de proceder al tratamiento puntual del mismo y considerando que los poderes instructorios de la magistratura forman parte indisoluble de los poderes-deberes de la jurisdicción, se desarrollan los vinculados a la dirección del proceso, a la decisión, ejecución y coerción, a tenor de las normas contenidas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los criterios doctrinarios y jurisprudenciales en dicha materia.

El ordenamiento procesal aludido en sintonía con la concepción reinante en la doctrina procesal moderna inspirada en la prédica chiovendiana y en la inteligencia de instalar al juez como un verdadero "director del proceso" prescribió deberes y facultades disciplinarias, ordenatorias e instructorias. Las sucesivas reformas implementadas, compenetradas en la orientación publicística del proceso acentuaron las atribuciones jurisdiccionales y la ley 24.588 transformó las originarias facultades conferidas, en poderes-deberes de los jueces.

Es así entonces, que actualmente el ordenamiento procesal en el ámbito nacional prescribe un vasto caudal de poderes-deberes expresos e implícitos, genéricos y específicos tendientes a que el órgano jurisdiccional intervenga activamente en el proceso, durante todo su "iter", desde el inicio del mismo. En tal sentido, en el capítulo quinto se analizan los poderes-deberes de los jueces consagrados en el referido cuerpo ritual, en el que se visualiza claramente la holgura y amplitud de los mismos.

La prueba es materia del capítulo sexto. Se señala su relevante importancia en el proceso civil, su desbordante incumbencia, la existencia de un derecho a probar, el extenso contenido del Derecho Probatorio (concepto, objeto, carga de la prueba, procedimiento probatorio, medios de prueba y principios que rigen la materia probatoria) y la finalidad de la prueba (los criterios doctrinarios y jurisprudencial de la CSJN. y nuestra opinión al respecto).

El capítulo séptimo se destina al tratamiento de la iniciativa probatoria del órgano jurisdiccional prevista en el cuerpo legal y los alcances de la misma, en el marco de un proceso civil que tiene por eje a un juez que reviste el carácter de "director del proceso", analizándose puntualmente todos y cada uno de los poderes instructorios consagrados en el ordenamiento procesal.

Finalmente, se plasman las conclusiones, para lo cual se estima esencial fijar con claridad los objetivos del proceso civil, y a partir de la función que se le asigna a éste, se determinará el ámbito de actuación de los magistrados, sus potestades y deberes, sus límites y responsabilidades, ceñidos a la aludida etapa procesal, para perfilar el rol del juez en materia probatoria.

Habida cuenta de la multiplicidad de cometidos del proceso y que a su alrededor gira un variado orden de intereses que recíprocamente se complementan y se suplementan, asumimos la visión totalizadora de **Clemente DÍAZ** al desarrollar

el fenómeno procesal desde una concepción tridimensional, que comprende, el *fin privado* (individual), el *fin público* (trasindividual) y el *fin social* (transpersonal). Frente a esta multiplicidad de intereses en juego, me inscribo en la tesitura que confiere prioridad a los intereses intrapersonales y transindividuales, sobre los privados.

Si la meta final de la actividad jurisdiccional es materializar y concretar el valor "Justicia", de manera alguna puede concebirse o calificar al proceso como negocio particular o relación jurídica privada o ajustada a una competición o un enfrentamiento entre las partes, que se sustancia ante un juez con un rol pasivo, solo garante de la correcta aplicación de las "reglas de juego" a tenor de una concepción ideológica liberal clásica con una visión individualista en la que exclusivamente tiene en cuenta los intereses y objetivos privados.

Sostengo que la finalidad del proceso civil desborda la mera resolución del conflicto o la controversia de las partes en aras de la pacificación social, por cuanto si bien los fines sociales (transpersonales) de aquél, no excluye a éste último, por cuanto no aparece como incompatible o divorciado, si cabe subrayar que en mi concepto, debe prevalecer el valor atribuido al modo de componer la litis y la calidad cierta y adecuada del *opus* decisorio, que debe fundamentarse en la correcta, justa y objetiva aplicación del derecho a las circunstancias comprobadas de la causa.

Y consecuencia inevitable y relevante de esta concepción del proceso civil es modificar la distribución o reparto de funciones entre el juez y los litigantes, con el inevitable incremento de los poderes-deberes de los magistrados. Frente al modelo clásico de un juez "convidado de piedra", en palabras de **CAPPELLETTI**, debe transformarse en verdadero y real "director del proceso" asumiendo un rol protagónico, al conferírsele iniciativas probatorias a fin de lograr la máxima eficacia en su función y que de él emane una decisión justa.

Se fundamenta la legitimidad de dicha actuación *ex officio* y se afirma que ordenar, decretar y producir medidas probatorias tendientes a verificar la realidad de los hechos litigiosos más que una facultad acordada a los jueces es un *poder-deber* que imperiosamente deben ejercer y cumplir; ello debe ser así en resguardo de la igualdad ante la ley y de la seguridad jurídica.

En cuanto a los alcances de los poderes instructorios se sostiene que el juez en el cumplimiento de la finalidad apuntada, debe utilizar todos los medios de prueba, los previstos expresamente por la ley, como los innominados, sin límite temporal, y en esa inteligencia deberá decretar cualquier medida probatoria tendiente al esclarecimiento de los hechos invocados por las partes en sus escritos constitutivos o hechos que surjan durante la sustanciación del proceso, vinculados íntimamente con la causa.

No constituye impedimento lo dispuesto en el art. 364, primera parte, que prohíbe producir pruebas sobre hechos no articulados por las partes en sus escritos respectivos, por cuanto en el marco de la actividad jurisdiccional el juez goza del poder-deber instructorio de verificar la verosimilitud de todos los hechos que fundamenten la procedencia de las pretensiones o defensas incoadas por los litigantes, sean estos hechos, invocados o no por ellos, que resultan "espontáneamente" de las pruebas reunidas y "complementarios" de los alegados.

El ejercicio responsable de la jurisdicción impone no sólo una flexibilización de los principios procesales, sino una ampliación razonable y controlada de los poderes del juez tendientes a inquirir, a buscar fuentes de prueba ante la necesidad de verificar la realidad de los hechos litigiosos o lograr su convencimiento o arribar a una certeza suficiente, propósitos cardinales de su cometido, de los cuales el magistrado no puede declinar.

No se pretende un juez “inquisidor” sino otorgarle suficientes poderes instructorios para que no solo verifique y compruebe, sino que esclarezca, indague, averigue con la finalidad de que su pronunciamiento se fundamente en la realidad de la plataforma fáctica del conflicto y no en una burda ficción.

Consecuentemente, el juez dentro de la lógica del proceso y en aras del mejor resultado de la justicia, condicionado por los presupuestos del proceso justo, debe adoptar todas las medidas tendientes a lograr certeza de los hechos litigiosos – reitero-, sean estos aportados por las partes o surjan de la sustanciación de las actuaciones, que estén estrechamente vinculados con la causa. Ello es así, por cuanto aun en los procesos fundamentalmente dispositivos el esclarecimiento de los hechos, materia del conflicto, permanece como un fin tendencial. Es imprescindible que el juez sentenciante tenga la certeza de la relación fáctica sobre la que aplicará el derecho para lograr la solución justa del conflicto en debate.

Con relación a los límites de los poderes instructorios, la amplitud de los mismos proclamados en el presente trabajo, de manera alguna implica *la búsqueda libre de la verdad* por parte de los magistrados, pues ello desborda y extralimita su verdadera función y actividad jurisdiccional.

La primera limitación que se señala está dada por el reconocimiento pleno del *derecho a la prueba* de que gozan las partes, que implica en lo que se refiere a las medidas ordenadas de oficio por el juez, las siguientes prerrogativas: a) impugnar su relevancia y admisibilidad, y discutir su eficacia; b) controlar y participar en su producción; c) ofrecer medidas para contrarrestarlas; d) impugnar el resultado de las mismas; y e) alegar sobre el mérito de la prueba producida.

Secuela inevitable del derecho a la prueba, lo constituye la satisfacción plena de los principios de bilateralidad y de igualdad de las partes, que los jueces en su actuación oficiosa deben satisfacer plenamente, por cuanto constituyen garantías constitucionales del debido proceso.

A ello debe sumarse la exigencia inexcusable de la adecuada fundamentación que debe contener la decisión judicial que ordena oficiosamente medidas probatorias. Se considera imprescindible asimismo conferir un mayor control de su actividad jurisdiccional por parte de los sujetos procesales, ya que la participación activa de las partes –en realidad de los abogados, que revisten el carácter de apoderados o patrocinantes- equilibrará los poderes y deberes de los jueces y constituirá la garantía más idónea para impedir el ejercicio arbitrario e ilimitado de aquellos.

Se señala el divorcio existente entre las normativas legales vigentes y la aplicación real del contenido de las mismas, por cuanto la práctica cotidiana demuestra palmariamente que ninguno de los poderes-deberes instructorios conferidos por el ordenamiento procesal son ejercidos por la gran mayoría de los magistrados, ni los letrados exigen que se lleven a cabo.

Se puntualiza la existencia de una pluralidad de causas que desde vieja data impiden poner en vigencia efectiva los principios de inmediación, concentración y economía procesal y el ejercicio real de los poderes-deberes instructorios del órgano jurisdiccional, a pesar de las sucesivas reformas legislativas implementadas.

En el epílogo, se condensan las conclusiones que determinan las **“Condiciones básicas para el ejercicio equitativo, idóneo y efectivo de los poderes-deberes del juez en materia probatoria”**, tendientes a coadyuvar al pronunciamiento de decisiones judiciales racionalmente correctas y justas basamentadas en la realidad de los hechos relevantes de los procesos civiles.

TABLA DE CONTENIDOS

CAPÍTULO I INTRODUCCION

I. Definición del Derecho Procesal	14
II. Caracteres	16
III. Autonomía del Derecho Procesal	21
IV. Simbiosis del Derecho material y el Derecho Procesal	23

CAPÍTULO II LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

I. Naturaleza jurídica de la Jurisdicción	30
II. Contenido de la Jurisdicción (facultades, poderes, deberes, obligaciones)	35
III. Evolución histórica de la actividad jurisdiccional	40
1. El Derecho Romano	40
2. El proceso germano primitivo o bárbaro	43
3. El proceso romano-bárbaro	44
4. El proceso romano-canónico	46
5. El derecho procesal español desde la Edad Media hasta el siglo XIX	48
6. El proceso civil en la Alemania imperial	51
7. El proceso francés pre-Revolución francesa de 1789	52
8. El Derecho procesal y la Revolución Francesa	53
9. El Derecho Procesal en Alemania del siglo XIX	55
10. La <i>Zivilprozessordnung</i> austriaca de 1895	56
11. El <i>Codice di Procedura Civile</i> de Italia de 1940	60
12. El sistema procesal en los países del <i>common law</i>	63
13. El proceso civil en los Estados Unidos de Norteamérica	67
14. El <i>Codice di Procedura Civile</i> italiano actual	70
15. La revolución procesal inglesa	73
16. La Ley de Enjuiciamiento española 1.2000	75
17. La reforma del Z.P.O. alemán de 2002	78
18. Legislación procesal en el ámbito nacional	79

CAPÍTULO III SISTEMAS PROCESALES

I. Conceptualización. Principio o Sistema procesal	86
II. Sistema dispositivo	88
III. Sistema inquisitivo	91
IV. Factores generadores de transformaciones en el sistema dispositivo	93
1. La obra de Franz KLEIN y la igualdad real de los litigantes	93
2. La publicización del proceso	95
3. Humanización del derecho	99
4. Influencia de las mutaciones del derecho privado	100
5. Advenimiento de los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos	103
V. Nuevos paradigmas en el proceso civil	112

CAPÍTULO IV PODERES Y DEBERES DE LA JURISDICCION

I. Poder-deber de dirección del proceso	114
II. Poder-deber de decisión	119
1. Deber de fundar	123
2. Deber de hablar claro (<i>clare loqui</i>)	132
3. Iura novit curia	137
4. Deber de proveimiento oportuno	145
5. Discrecionalidad del juez	152
5.1. Concepto y alcance	152
5.2. Debate Hart-Wworkin. Distinción entre casos fáciles y casos difíciles	155
5.3. Opinión de Lorenzetti. Distinción entre casos fáciles y casos difíciles	158
5.4. El Código Civil y el poder discrecional de los jueces	160
5.5. El criterio consecuencialista y la discreción judicial	163
5.6. Límites a la discrecionalidad judicial	166
III. Poder-deber de ejecución	168
1. Su vinculación con la actividad jurisdiccional	168
2. Integra el derecho a la tutela judicial efectiva	172
3. Modalidades de la Ejecución forzada	173
4. Presupuestos de la Ejecución forzada	174
4.1. Resoluciones ejecutables	175
4.1.1. Sentencias	175
4.1.2. Laudos arbitrales	178
4.1.3. Transacciones o acuerdos homologados	179
4.1.4. Multas procesales	180
4.1.5. Honorarios regulados en concepto de costas	180
4.1.6. Acuerdos celebrados en procedimientos de mediación	181
4.1.7. Condenas pecuniarias impuestas en sede penal	182
4.2. Autoridad de cosa juzgada	183
4.2.1. Principio general	183
4.2.2. Excepciones	184
4.2.3. Ejecución provisional	185
4.3. Vencimiento del plazo	187
4.4. Requerimiento de parte	188
5. Límites de la ejecución forzada. Su adecuación	191
IV. Poder-deber de coerción	193
1. Actos violatorios del deber de lealtad, probidad y buena fe	194
2. Recusación maliciosa	195
3. Sanciones conminatorias	196
4. Conducta temeraria o maliciosa	200
5. Incumplimiento a la devolución del expediente	202
6. Pérdida del expediente	203
7. Falsedad de la ignorancia del domicilio a fin de que se ordene la notificación por edictos	204
8. Responsabilidad por incumplimiento de las diligencias preliminares	205
9. Retardo en contestar informes	206
10. Inasistencia del testigo	206
11. Testigo que se comprueba pudo comparecer	207
12. Interrupción en la declaración del testigo	207
13. Negativa de la calidad de locatario en la preparación	

de la vía ejecutiva	208
14. Desconocimiento de la firma durante la preparación de la vía ejecutiva	209
15. Deber de información del depositario judicial	210
16. Sentencia de remate e inconducta procesal	211
17. Inconducta en el cumplimiento de la sentencia de remate	212
18. Potestades disciplinarias	213

CAPÍTULO V

PODERES OFICIOSOS DEL JUEZ

I. Declaración de oficio sobre la competencia	218
II. Declaración de oficio de la cosa juzgada y de la litispendencia	223
III. Declaración de oficio de la falta de legitimación	225
IV. Potestad judicial para determinar los presupuestos de admisibilidad de los actos procesales	226
V. Facultad de rechazar <i>in limine</i> la demanda	228
VI. Extensión de la potestad del rechazo <i>in limine</i>	231
1. Incidentes	231
2. Tercerías	232
3. Acumulación objetiva de acciones	233
4. Reconvención	233
5. Juicios ejecutivos	235
6. Amparo	237
7. Hábeas Data	237
VII. Poder-deber de declarar de oficio la nulidad de los actos procesales	238
VIII. Poder-deber de declarar la inexistencia de los actos procesales	240
IX. Potestad de determinar oficiosamente medidas cautelares	248
X. Poder-deber de cancelar embargo de oficio sobre bienes Indispensables	252
XI. Poder-deber de meritar en la sentencia hechos sobrevinientes	254
1. Demanda de desalojo anticipada	257
2. Demanda de desalojo por falta de pago y sentencia por vencimiento de contrato	258
3. Efectivización de las exigencias legales a fin de obtener la adopción	258
4. Cumplimiento de plazo incierto para escriturar	259
5. Pérdida de la titularidad de dominio en juicio de escrituración	259
6. Efecto temporal de la rescisión anticipada	260
7. Innecesidad de pretensión reconvencional para ordenar el reintegro de sumas entregadas por el comprador con motivo de la resolución de la compraventa	260
8. Admisibilidad del reajuste de saldo de precio de una compraventa, producto de la depreciación monetaria	261
9. Obligaciones de dar sumas de dinero en dólares estadounidenses. Teoría del esfuerzo compartido	261
10. Pesificación de los depósitos bancarios	262
XII. Poder-deber de aplicar condenas accesorias a lo principal que decide la sentencia	264
XIII. Poder-deber de incluir en la condena intereses compensatorios no peticionados en la demanda	269
XIV. Poder-deber de rever liquidaciones judiciales	271

XV. Deber de decretar oficiosamente la nulidad de la subasta	272
XVI. Control de constitucionalidad de oficio	273
XVII. Control de convencionalidad	278
XVIII. Declaración oficiosa de la nulidad de actos jurídicos	287
1. Actos nulos	287
2. Cláusulas abusivas	290
3. Ineficacia de pleno derecho de las cláusulas abusivas por aplicación de oficio de la Ley de Defensa del Consumidor	291
4. Invalidez de la constitución de sociedades comerciales	293
XIX. Declaración de oficio de la inexistencia de actos jurídicos	295
XX. Facultad judicial de morigerar de oficio las cláusulas penales	298
XXI. Facultad de ordenar la reducción del legado e institución de heredero	300
XXII. Facultad de eximisión de costas al vencido	301
XXIII. Poder-deber de imponer costas al letrado de una de las partes	303
XXIV. Poder-deber de declarar la caducidad de instancia	304
XXV. Alcance de los pronunciamientos del Tribunal de Alzada	308

CAPÍTULO VI

LA PRUEBA

I. Importancia de la prueba. Opiniones doctrinarias	311
II. Su desbordante incumbencia	312
III. Existencia de un derecho a probar	313
IV. Contenido del Derecho Probatorio. Interrogantes a satisfacer	314
1. Qué es la prueba? el concepto de la prueba	314
2. Qué se prueba? el objeto de la prueba	315
3. Quién prueba? la carga de la prueba	315
4. Cómo se prueba? el procedimiento probatorio	318
5. Con qué se prueba? diferencias entre medios y fuentes de prueba	319
6. Con cuáles garantías se prueba? principios que rigen la materia probatoria	320
6.1. Necesidad	320
6.2. Unidad	321
6.3. Adquisición o de la comunidad	321
6.4. Interés público	322
6.5. Lealtad, probidad o veracidad	322
6.6. Libertad	323
6.7. Idoneidad del medio probatorio	323
6.8. Legitimidad	324
6.9. Obtención coactiva de las fuentes de prueba	324
6.10. Contradicción o bilateralidad	325
6.11. Igualdad	325
6.12. Inmediación	326
6.13. Amplitud " <i>Favor probationes</i> "	
6.14. Publicidad	327
7. Qué valor tiene la prueba? apreciación de la prueba	328
V. Finalidad de la prueba	331
1. Establecer la verdad	331
2. Obtener el convencimiento o la certeza del juez	332
3. Fijar los hechos del proceso	335

4. La tesis de Michele TARUFFO	337
5. Criterio jurisprudencial de la C.S.J.N.: la verdad jurídica objetiva	339
6. Nuestra opinión	342
VI. La prueba ante las nuevas realidades litigiosas	347

CAPÍTULO VII

INICIATIVA PROBATORIA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

I. Poderes-deberes de los jueces en materia probatoria	351
1. Recibir la causa a prueba	351
2. Fijación de los hechos objeto de la prueba	351
3. Actividad esclarecedora	355
4. Denegar medidas probatorias inadmisibles, notoriamente improcedentes, impertinentes o meramente dilatorias	367
5. Determinación y elección de los medios de prueba	375
6. Requerir explicaciones a las partes e interrogarlas	377
7. Autorizar interrogatorio recíproco de las partes	380
8. Alterar modalidades en la producción de medidas probatorias ofrecidas por las partes	383
8.1. Modificar y eliminar posiciones	383
8.2. Eliminar y agregar preguntas	385
8.3. Fijar puntos de pericia	387
9. Interrogatorio libre a los testigos	388
10. Carear testigos y partes	390
11. Disponer declaración testimonial de personas no ofrecidas	392
12. Reexaminar testigos interrogados	394
13. Impartir directivas a los peritos	395
14. Desinsaculación de consultores técnicos	397
15. Requerir explicaciones a peritos y disponer la realización de otra pericia o perfeccionamiento o ampliación del dictamen presentado	400
16. Ordenar planos, exámenes científicos y reconstrucción de los hechos	403
17. Efectuar consultas científicas o técnicas	404
18. Reconocimiento judicial de lugares o cosas	408

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES

I. Objetivos del proceso civil	421
II. El juez ante la prueba. Sus poderes-deberes instructorios	425
1. Legitimidad	425
2. Alcance	429
3. Límites	435
3.1. Derecho a la prueba	436
3.2. Principio de bilateralidad o de contradicción	437
3.3. Principio de igualdad de las partes	438
3.4 Adecuada fundamentación	438
3.5. Labor mancomunada: juez y partes (abogados) o Deber de cooperación entre jueces protagónicos y abogados activos	439
III. Ejercicio real y efectivo de los poderes-deberes instructorios	440
IV. Epílogo	445
BIBLIOGRAFÍA	450

C A P Í T U L O I

INTRODUCCIÓN

I. Definición del Derecho Procesal

La denominación de esta disciplina jurídica ha evolucionado coetáneamente con su desarrollo científico. Hasta el siglo XVIII los libros de la materia utilizaban terminologías como “Práctica judicial” (Mexia de Cabrera, 1655; Villadiego, 1788) o “Práctica civil” (Monterroso y Alvarado, 1563) o “*Praxis Iudicium*” (Cardoso do Amaral, 1610)¹. En el siglo XIX la voz “procedimiento” sustituye a “práctica”, obsérvese que el primer ordenamiento procesal dictado en latinoamérica tenía como título “*Código de proceder Santa-Cruz*”,² sin perjuicio de destacar las “leyes de enjuiciamiento” españolas de 1855, 1881 y que perdura en la actualidad, en la vigente Ley 1/2000.

SENTÍS MELENDO explica las causas de la evolución terminológica, en estos términos: “Al reflorcer los estudios y en la tendencia siempre más madurada a construir el proceso según esquemas formales, pareció que el nombre de procedimiento (*procedura*) no fuese apto para expresar la dignidad de la compleja materia, y que de algún modo significase una inaceptable dependencia del proceso del derecho sustancial. De aquí la transformación, y casi se diría la masculinización, del procedimiento en derecho procesal”³.

Se justifica dicha denominación, en opinión de **COUTURE**, por cuanto el vocablo *derecho* está tomado en el sentido que le corresponde como rama de las ciencias de la cultura: un conjunto de normas que integran una rama particular del ordenamiento jurídico general, supone un saber sistemático, coherente, unitario de las normas jurídicas. Con referencia a la locución *procesal*, está vinculado con el objeto estudiado: el proceso y agrega “La idea del proceso es una idea teleológica. Se halla necesariamente referida a un fin. El proceso es un procedimiento apuntado al fin de cumplir la función jurisdiccional”⁴.

Según **Clemente A. DIAZ** la actual denominación “Derecho Procesal” ha resistido exitosamente la observación de quienes señalan que ella significa una limitación respecto del contenido objetivo de la ciencia y pretenden designarla como “derecho judicial” (MATTIROLLO) o “derecho judicial privado” (SOLUS) o “derecho justicial formal o material” (GOLDSCHMIDT) o “Derecho jurisdiccional” (FENECH)⁵.

En orden a su definición, el criterioso procesalista observó la presencia de dos orientaciones doctrinarias, el *nominalismo* y el *empirismo*. La primera a la que podríamos denominar también *procesalística*, pues tiene al proceso como eje de la materia; mientras que la segunda corriente de opinión, señalada asimismo como

¹ **COUTURE, Eduardo J.**, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, 5ª ed., La Ley, Bs. As., Tº I, ps. 2-4.

² Sancionado por el Congreso Constitucional de Bolivia y promulgado por su presidente el general Andrés de Santa Cruz, el 11 de marzo de 1833; comprendía la materia civil y penal, constaba de 1354 artículos; su redacción era clara y concisa y su técnica en general muy buena. **COUTURE, Eduardo J.**, “Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano”, Depalma, Bs. As., 1999, p. 30.

³ **SENTÍS MELENDO, Santiago**, Presentación de la obra de Salvatore SATTA, “Manual de Derecho Procesal Civil”, 5ª ed., trad. de la obra “*Diritto Processuale Civile*”, 7ª ed. CEDAM, Padova, 1967, por Santiago SENTÍS MELENDO y Fernando de la RÚA, EJE A., Bs. As., 1971, vol. I, p. XXXVI.

⁴ **COUTURE, Eduardo J.**, “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, citada, ps. 5-6.

⁵ **DIAZ, Clemente A.** “Instituciones de Derecho Procesal”, Parte General, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1968, Tº I, ps. 5-8.

jurisdiccionalista, considera que el rol fundamental es desempeñado por la jurisdicción y su finalidad⁶.

Asumiendo la primera postura, **CARNELUTTI** definió el derecho procesal como "el conjunto de reglas que gobiernan el proceso u ordenamiento jurídico del proceso"⁷.

Estimo que este criterio si bien aporta un elemento gráfico de relativa rápida ubicación en el panorama de la ciencia del derecho, limita excesivamente la órbita del Derecho Procesal, ya que su ámbito de incumbencia no está dada solamente por el proceso, aunque éste constituya la dinámica de aquélla⁸. Su desarrollo ha desbordado al mismo, a tal punto que **SENTÍS MELENDO** nos señaló, a mediados del siglo pasado, que: "Si, después de Carnelutti y Capograsi, debiese definir con bonhomía manzoniana la ciencia del proceso, diría que es 'una noble guerra contra el proceso'"⁹. La disciplina procesal presupone otros factores cuyo conjunto supera un Derecho Procesal entendido exclusivamente en función del proceso.

Enrolado en la segunda concepción mencionada, es decir, *empirismo* o *jurisdiccionalista*, destaco la definición del Maestro **ALSINA** al afirmar que "es el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo y su estudio comprende la organización del Poder Judicial, la determinación de la competencia de los funcionarios que lo integran y la actuación del juez y las partes en la substanciación del proceso"¹⁰. En la misma inteligencia, **Clemente A. DIAZ** sostuvo que "El Derecho Procesal es la disciplina jurídica que estudia la función jurisdiccional del Estado, y los límites, extensión y naturaleza de la actividad del órgano jurisdiccional, de las partes y de otros sujetos procesales"¹¹.

Si bien me inclino por proponer una definición ubicable en la segunda de tales tesituras, estimo que las conceptualizaciones descriptivas transcriptas son en mi modesta opinión incompletas, teniendo en cuenta el desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos, cuyo origen si bien son de antigua data, en las últimas décadas han alcanzado una vasta expansión; por lo que su estudio y análisis corresponde incluirlas en el ámbito de nuestra disciplina.

Al respecto, cabe señalar que no siempre la actividad jurisdiccional es llevada a cabo por el Estado, tal el caso de los procesos arbitrales, en que si bien media una expresa delegación de aquél, los árbitros se comportan y actúan como jueces y el producto último que entregan es un laudo, es decir, una sentencia, que, de incumplirse voluntariamente, se ejecutará como ésta.

No obstante las posturas doctrinarias que pretenden incluir al arbitraje dentro del derecho contractual, estoy convencido de su rol publicista y procesal por su esencia y funciones, por cuanto reviste una clara y propia actividad jurisdiccional, al gozar el árbitro del poder (jurisdiccional) de decidir; ello es lo significativo y

⁶ Según el autor, sostienen el primer criterio, entre otros CHIOVENDA, CARNELUTTI, ROCCO, KISCH, GOLDSCHMIDT, ROSEMBERG, PRIETO CASTRO, GUASP, DE LA PLAZA, COUTURE; mientras que afirman el segundo, ALSINA, DE PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, ARAGONESES, CLARIÁ OLMEDO, AREAL-FENOCCHIETTO, PALACIO. *Ibidem*, Tº I, ps. 5-6.

⁷ **CARNELUTTI, Francesco**, "Derecho y Proceso", trad. de "*Diritto e processo*", Moranó, Napoles, 1958, por Santiago SENTÍS MELENDO, EJEa, Bs. As, 1971, Tº I, p. 39.

⁸ **DÍAZ, Clemente A.**, "Instituciones de Derecho Procesal", citada, Tº I, p. 6.

⁹ **SENTÍS MELENDO, Santiago**, Presentación de la obra de Salvatore SATTA, "Manual de Derecho Procesal Civil", citada, vol. I, p. XLII.

¹⁰ **ALSINA, Hugo**, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", 2ª ed., Ediar, Bs. As., 1963, Tº I, p. 35.

¹¹ **DÍAZ, Clemente A.**, "Instituciones de Derecho Procesal", citada, Tº I, p. 7.

definitorio¹². Su naturaleza jurisdiccional, sumado al renacimiento operado a partir de las dos últimas décadas del siglo pasado -su crecimiento desde entonces supera al operado en los veinte siglos anteriores- justifican ampliamente incluir al arbitraje en el marco de las incumbencias del Derecho Procesal.

Por otra parte, la ciencia procesal no atiende exclusivamente a los institutos y principios por los cuales se resuelven conflictos de intereses jurídicamente protegidos, mediante el dictado de una sentencia.¹³ Los métodos alternativos de solución de conflictos –mediación y conciliación–, que tienden a dirimir o componer las controversias, y no a resolverlas, que se han expandido por todo el universo a fin de lograr el desahogo del sistema judicial colapsado, forma parte del Derecho Procesal. Ello es así, por cuanto si bien no deben constituir un fin en sí mismos prescindiendo de la justicia intrínseca de los resultados y comprometida inevitablemente para el resguardo de la paz social, su aplicación –como puntualiza **BERIZONCE**– resulta sumamente relevante en los conflictos de coexistencia en los que la búsqueda de las soluciones autocompuestas es exigencia misma de su tutela efectiva (cuestiones familiares, relaciones de trabajo y de la vecindad, etc.)¹⁴.

En atención a estas consideraciones y no obstante ser consciente de las dificultades de una definición lo suficientemente abarcativa y completa, estimo que puede conceptualizarse el Derecho Procesal como *la disciplina jurídica que estudia la actividad jurisdiccional que desempeñan los órganos estatales y/o los sujetos a que se someten las partes, mediante procedimientos o procesos tendientes a la creación y aplicación de normas jurídicas generales e individuales o bien a dirimir controversias que conlleven en todos los casos a afianzar la paz social y prioritariamente a hacer la justicia en el caso concreto.*

II. Caracteres

Podemos destacar las siguientes características principales del Derecho Procesal:

a) Pertenece al *Derecho Público*,¹⁵ por cuanto regula una función pública del Estado, éste tiene el deber -a través de la actividad jurisdiccional- de resolver los

¹² **MORELLO, Augusto M.**, “Arbitraje internacional. Superar puntos críticos y contribuir a su difusión”, E.D. 185-1171.

¹³ Recordemos las sabias enseñanzas de **GELSI BIDART**: “el proceso judicial es la ‘última ratio’ civilizada o culturalmente adecuada para una solución razonable, más aún, humana del conflicto...el sistema jurídico en el Estado democrático del Derecho no privilegia el proceso, sino que lo considera como ‘un mal necesario’, que reiteramos, ha de procurar que cada vez sea ‘menos malo’ y también ‘menos necesario’”. **GELSI BIDART, Adolfo**, “¿Acceso a la Justicia o al Poder Judicial?”, ponencia al XI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Bs. As., 17-19-oct.-1996.

¹⁴ **BERIZONCE, Roberto A.**, “El proceso civil en transformación”, Platense, La Plata, 2008, p. 90.

¹⁵ La doctrina moderna ha puesto en duda el criterio tradicional de distinguir el Derecho en público y privado, “mientras de un lado todas las normas jurídicas, aun aquellas llamadas de derecho público, tratan de regular la conducta de los hombres de la sociedad y, por consiguiente, se resuelven necesariamente en utilidad de los individuos o asociados, de otro lado todas las normas jurídicas, aun aquellas llamadas de derecho privado, se establecen en interés público, porque todos los intereses protegidos por el derecho, aun los individuales, deben tener por fuerza cierta trascendencia pública, a falta de la cual el Estado no los habría reconocido como dignos de protección”. **CALAMANDREI, Piero**, “Instituciones del Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código”, trad. de la 2ª ed. italiana “*Instituzioni di Diritto Processuale Civile, secondo il Nuovo Codice*”, por Santiago SENTIS MELENDO, El Foro, Bs. As., 1996, vol. I, p. 130. En similar corredor de ideas, **FERNÁNDEZ SESSAREGO** afirma que no es posible seguir sosteniendo como válida la pretendida clasificación fundamental del Derecho en público y privado, como si fueran dos situaciones del todo inconexas, incomunicadas, por cuanto, la persona humana es una individualidad pero, al mismo tiempo, un ser social, no es dable escindir jurídicamente los aspectos individuales o privados de aquellos públicos que le son inherentes en cuanto partícipe de un todo como es la sociedad. Señala que existen intereses privados con trascendencia pública y aspectos sociales que comprometen a toda persona humana integrante de una determinada sociedad; es decir, la persona

conflictos entre particulares o entre éstos y aquél en la medida que no se logre una solución a la controversia planteada. Ello incluye –tal como lo he afirmado *ut supra*–, la actuación del sistema de arbitraje por considerarla una modalidad de la función jurisdiccional cuya existencia depende de la autorización que el ordenamiento jurídico confiera a los particulares inmersos en una desavenencia para convenir que sea resuelto a través de dicho sistema.

Los derechos y facultades que los ordenamientos procesales otorgan a las partes en nada empece el reconocimiento del carácter público del Derecho Procesal, pues más allá de los intereses privados en juego, prevalecen en el proceso, el interés de la sociedad y los principios que rigen en el mismo, máxime teniendo en cuenta el predominio de la concepción publicista proclamados por la doctrina procesal moderna.

b) *Es derecho autónomo*, por la existencia de un contenido propio y de principios y normas destinadas a regular tal contenido y los objetos e instituciones que lo integran. No obstante, debemos reconocer la simbiosis existente entre el derecho instrumental y el derecho material, cada día mas cercano, mas unidos.¹⁶

c) *Es derecho instrumental específico*, al ser el instrumento que regula la actividad jurisdiccional en tanto resuelve el conflicto de intereses con trascendencia jurídica y como tal, no admite ningún grado de instrumentalidad con sentido de subordinación, aunque sí de coordinación con otras ramas jurídicas.

El Maestro **PIERO CALAMADREI** ha afirmado que el derecho procesal ha sido calificado de instrumental, en cuanto la observancia del mismo “no es un fin en sí misma, sino que sirve de medio para hacer observar el derecho sustancial”; y además es formal, en cuanto “no regula directamente el goce de los bienes de la vida, sino que establece las formas de las actividades que se deben realizar para obtener del Estado la garantía de aquél goce”¹⁷.

En palabras de **Mauro CAPPELLETTI**, “El Derecho Procesal no es en verdad un fin en sí mismo, sino instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y/o privado; está, en suma, por decirlo así, al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad o sea la observancia, y para el caso de inobservancia, la reintegración”¹⁸.

Se trata de una instrumentalidad necesaria, en cuanto para obtener el pronunciamiento jurisdiccional sobre el mérito, inexorablemente debe recurrirse a la rigurosa aplicación del derecho procesal. Esta característica de “derecho instrumental”¹⁹, surge inexorablemente por cuanto la jurisdicción aplica el derecho de “fondo” para resolver el conflicto que se le presenta.

Cabe aclarar que las normas procesales no dejarán de ostentar su función estrictamente *instrumental* solo por que se la regulen en un ordenamiento de fondo y, por tal, dictado por el Congreso Nacional, como sucede en materia de divorcios,

es a la vez, sujeto de derecho privado y público, razón por la cual la tradicional y arraigada clasificación fundamental de Derecho es ontológicamente inviable. **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**, “Aproximación al escenario jurídico contemporáneo”, L.L. 2007-D-1159.

¹⁶ La autonomía del Derecho Procesal y su vinculación con el derecho fondal será tratado más *in extenso* en los subsiguientes apartados.

¹⁷ **CALAMANDREI, Piero**, “Instituciones del Derecho Procesal Civil...”, citada, , vol. I, ps. 367-368.

¹⁸ **CAPPELLETTI, Mauro**, “Proceso. Ideologías. Sociedad”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO y Tomás A. BANZHAF, EJE.A., Bs. As., 1974, n° 2, p. 5.

¹⁹ También se lo ha calificado como “derecho secundario”, “derecho formal”, “derecho adjetivo”, “derecho accesorio”, todas ellas criticadas por **Clemente DIAZ**, “Instituciones de Derecho Procesal”, citada, T° I, p. 15. RIVAS le asigna la característica de “derecho correlativo”, por considerar que “opera correlativamente con la naturaleza y el tipo de derecho de ‘fondo’ que la jurisdicción ha de aplicar para resolver el conflicto”. **RIVAS, Adolfo A.**, “Teoría General de Proceso”, Lexis Nexis, Bs. As., 2005, p. 26.

concursos, matices de la tutela efectiva de los derechos personalísimos, legitimaciones variadas, prescripción de las acciones, lo relativo a la prueba de los actos jurídicos, acciones (pretensiones) reales, etc. que corresponden a la ley nacional (art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional).²⁰

d) *Es derecho unitario*. Mas allá de la diversidad de ramas que pueden ser admitidas, todas responden a una sola condición esencial, de modo que se basan en las mismas instituciones básicas.²¹ El derecho procesal se ha transformado en un árbol sumamente frondoso, pues a las ramas originarias del procesal civil y penal, con el devenir del tiempo se sumaron el administrativo, el laboral -del que se desglosara ulteriormente el colectivo de trabajo-, procesal de familia -secuela de éste el de menores-, sucesorio, fiscal o tributario -desprendimiento del procedimiento administrativo-, agrario y el de mayor auge en las últimas décadas, el procesal constitucional. No obstante el advenimiento de las numerosas ramas que presenta el Derecho Procesal, éste es unitario, por cuanto la jurisdicción, el proceso y la acción -los tres arbotantes de la ciencia procesal- poseen conceptos unitarios, mas allá de ciertas y determinadas modalidades y características que adoptan y asumen en las diferentes especialidades.

e) *Es normatividad socializada*. El derecho procesal se caracteriza por ajustarse a las situaciones personales y/o sociales por las que transitan las partes del proceso. Si bien todo el derecho sigue esa tendencia, pues las normas legales están dirigidas y son aplicadas a personas de carne y hueso²², en la disciplina procesal funciona con reglas propias y exclusivas, mostrándola distinta de las soluciones adoptadas por otras ramas del derecho²³.

²⁰ RIVAS afirma que el sistema jurídico argentino permite dividir las normas generales en: a) federales (hace a la estructura necesaria para el funcionamiento del estado central y la efectivización de las funciones que el mismo tiene constitucionalmente encomendadas); b) comunes (ordenamientos de derecho general, de fondo, las que el parlamento nacional dicta para regir uniformemente en todo el territorio de la república, sin perjuicio de su aplicación por los tribunales de la Nación o las provincias según que las cosas o las personas cayeren bajo su respectivas jurisdicciones) y c) locales (hacen al funcionamiento y facultades de los estados particulares pero también del Estado Nacional en tanto pueda ejercer jurisdicción diversa de la federal, en territorios que le son sometidos específicamente). Las normas procesales pueden ser federales, como lo era la ley 50 si van a ser utilizadas por la jurisdicción respectiva asentada en la capital y en el interior del país y serán locales si su destino es servir a la justicia ordinaria exclusivamente en determinadas jurisdicciones territoriales; pero también pueden ser comunes y en ese caso serán de aplicación uniforme por las justicias ordinarias de todo el país. Clasifica las normas comunes en originales y por accesión, las primeras son las que, por su naturaleza y alcance están comprendidas "genéticamente" en el art. 75 inc. 12; las segundas, las que acompañan e integran el sistema común, válidas en tanto resultan necesarias para una efectiva y correcta aplicación de las instituciones sustanciales que aquél contiene y hacen a su esencia. RIVAS, Adolfo A., "Los plazos en las ejecuciones de prenda con registro" L.L. 2009-C-491.

²¹ No puede desconocerse la unificación procesal sancionada en Suecia el 18 de junio de 1942 mediante el *Rättegångsbalk* y el constante esfuerzo doctrinario de Víctor FAIRÉN GUILLÉN, ver su obra "Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales", Bosch, Barcelona, 1990. El autor español recepcionó la postura adoptada por CALAMANDREI al afirmar que "entre el proceso civil y el proceso penal, en lugar de la absoluta separación de un abismo que no se puede colmar, existe, a manera de puente de paso, una zona de formas procesales intermedias, a través de las cuales la gradual continuidad entre los dos tipos extremos de proceso se mantiene, confirmandose su esencial unidad de destino". CALAMANDREI, Piero, "Lineas fundamentales del proceso civil inquisitorio", en "Estudios sobre El Proceso Civil", trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, Bibliográfica Arg., Bs. As., 1945, p. 228.

²² "Los juristas manejan siempre los principios atribuyéndoles una virtuosidad asombrosa sin duda, pero...olvidando la realidad. Es para las realidades que el derecho está hecho, y no para la belleza de los principios". Henri de PAGE, "Traité élémentaire de droit civil belge", Tº IV, 1942, n° 860, citado en su portada por Alain ZENNER "Dépistage, Faillites & Concordats", Lanciert, Bruselas, 1998, mencionado por DASSO, Ariel A., "El nuevo derecho concursal y la crisis global", L.L. 2009-F-1006, nota 38.

²³ Prueba de ello - afirma RIVAS- es que trata de asegurar, por encima del principio de igualdad jurídica y formal entre los contendientes, su igualdad sustancial en tanto operen ante la jurisdicción, forzando por imperio

De manera premonitoria el **Maestro SCIALOJA** se dirigió específicamente a los procesalistas indicándoles que debían “*hacer teoría útil*”²⁴. Posteriormente, **REDENTI**, en “*L’umanità del nuovo processo civile*”, introdujo el término “humanizar” para indicar el conjunto de previsiones que deben contemplar el aspecto social ínsito en toda la actividad jurisdiccional²⁵. El maestro de Bologna reclamó la necesidad que la ciencia del derecho “descienda, con espíritu de humildad, a refrescar sus datos y sus problemas en la vida de cada día, en lugar de agotarse en la sublimación solitaria del algún concepto”²⁶.

Complementa la idea **CALAMANDREI** al señalar que: “Coherentemente con esta dirección, la exposición del proceso hecha por REDENTI se desarrolla, antes que con clasificaciones rígidamente simétricas, con fieles descripciones de los institutos que funcionan en el derecho positivo, los cuales aparecen con todas sus variedades y sus incongruencias, a la vista ingenua del observador práctico; y a las clasificaciones llega inductivamente, sólo en cuanto puedan ayudar a hacer más inteligibles aquellos institutos y a hacerlos corresponder mejor a los fines concretos de la justicia en un determinado momento histórico”²⁷.

Si bien no desconocemos que el Derecho es una realidad existencial, nace y está para realizarse²⁸, y como toda obra humana es circunstancial, es decir, depende de las circunstancias, de las condiciones de las situaciones, de las necesidades sentidas y de los efectos que se tratan de producir mediante dicha obra²⁹, como asimismo que casi no existe ninguna cuestión jurídica cuya solución pueda desatenderse de consideraciones sociológicas, por cuanto siempre se relacionan con la realidad social³⁰, a mi entender, en nuestra disciplina, esta característica es de vital relevancia, pues el proceso recoge en sí mismo todas las miserias y grandezas humanas, los egoísmos, las hipocrecías, las falsedades y verdades, las envidias, traiciones y actitudes competitivas, como también la solidaridad y la lealtad; y así podríamos ir sumando y multiplicando los vicios y las virtudes que demuestran las conductas comunes plasmadas todas ellas en el proceso judicial, con el agravante que frente al litigio aquellas se potencian.

Otra muestra de realismo, es que el derecho procesal no puede estar ajeno a las condiciones fácticas de la comunidad y de las mutaciones acaecidas en el ámbito político, económico³¹ y social que se generan en ella, debiendo tener en cuenta las

del inc. 5 del art. 34 del CPCCN. a que los tribunales adopten las medidas que resulte necesarias teniéndose en cuenta las desigualdades reales que conspiran contra el justo resultado del juicio. **RIVAS, Adolfo A.**, obra citada, ps. 27 y 28.

²⁴ **SCIALOJA, Vittorio**, “*Diritto pratico e diritto teorico*” en *Riv. dir. comm.*, 1911, Tº I, pgs. 411 y sgtes., citado por **CALAMANDREI, Piero**, en “El nuevo proceso civil y la ciencia jurídica”, en “Los estudios de Derecho Procesal en Italia”, trad. de Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1959, p. 86.

²⁵ Citado por **COLOMBO, Carlos J.**, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado”, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1969, Tº I, p. 208.

²⁶ **REDENTI, Enrico**, “*Profili pratici del diritto processuale civile*”, citado por **CALAMANDREI, Piero**, “Los estudios de Derecho Procesal en Italia”, ya mencionada, p. 35.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ **DE CASTRO y BRAVO, F.**, “Derecho Civil de España”, 3ª d., Aranzadi, Pamplona, 2008, citado por **LLAMAS POMBO, Eugenio**, “La interpretación jurídica. Una reflexión retrospectiva y de presente”, L.L. 2011-B-950.

²⁹ **RECASENS SICHES, Luis**, “Filosofía del derecho”, 7ª ed., Porrúa, México, 1981, p. 643.

³⁰ **LAUTMANN, R.**, “Sociología y jurisprudencia”, trad. E. GARZÓN VALDÉS, Sur, Bs. As., 1974, p. 21, citado por **BERIZONCE, Roberto O.**, “Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del servicio de justicia”, E.D. 114-860.

³¹ Es criterio uniforme y pacífico de la CSJN. que la sentencia que se desentiende de las consecuencias económicas de lo que decide, encuadra en una causal autónoma de arbitrariedad. Fallos, 295: 65; 296: 500, 546 y

angustias, las aspiraciones, los temores y las esperanzas de sus destinatarios. Solamente comprendiendo el contexto social, el magistrado podrá entender los comportamientos humanos desarrollados y que son materia de su juzgamiento. El realismo significa ser atento observador de la cotidianidad, saber dónde transcurre la vida, qué acontece en la sociedad.

Los operadores involucrados en esta disciplina –jueces, funcionarios, abogados, docentes- tienen la imprescindible necesidad de penetrar en las normativas vigentes el aire vivificador de las exigencias sociales que se encuentra en perpetuo movimiento.

Lo expresó magistralmente **CALAMANDREI** “No basta que los magistrados conozcan a la perfección las leyes escritas; sería necesario que conocieran perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir”, agregando “El tradicional aforismo *iura novit curia* (la curia conoce las leyes) no tiene valor práctico alguno si no se le agrega éste: *mores novit curia* (la curia conoce las costumbres)”³². Y completó: “los jueces y justiciables que participan en el proceso en concreto, no son muñecos mecánicos contruidos en serie, sino hombres vivos, cada uno situado en su mundo individual y social, con sentimientos, intereses, opiniones y costumbres; éstas últimas pueden ser, desafortunadamente, malas costumbres...el juez, al aplicar la ley, debe hacerla revivir en el calor de su conciencia, pero en esta evocación de la ley, que no se hace de pura lógica, el juez debe sentirse únicamente como hombre *social*, partícipe e intérprete de la sociedad en que vive”; mientras que a los juristas les recordó que “la labor investigativa no debe tener por finalidad favorecer el estilo arquitectónico de las abstractas construcciones sistemáticas, sino para servir concretamente a la justicia, para servir a los hombres, que tienen sed de justicia”³³. Y con exquisitez literaria concluye: “El derecho no puede ser materia de divertida delectación intelectual, porque circulan por dentro, en toda juntura, las lágrimas y la sangre de los hombres vivos”³⁴.

En similar corredor de ideas, puntualizó agudamente **MORELLO** “el juez no es un fugitivo de la realidad, está inmerso en ella y no puede dejar de computar el clima económico-social ni las circunstancias generales que actúan en los fenómenos del tráfico”;³⁵ treinta años después reiteró “ni el juez, ni el abogado, los operadores más finos del Derecho, son fugitivos de la realidad”³⁶.

El poder jurisdiccional o el espacio otorgado por el ordenamiento jurídico a la actuación del juez varía conforme a la naturaleza del Estado vigente y a las normas que éste elabora y las finalidades pretendidas por la jurisdicción, y todo esto dependerá de los valores que rigen en los ámbitos jurídicos, políticos y sociales.

Por ello, cabe recordar el Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Gante, Bélgica del 28 de agosto al 3 de septiembre de 1977, bajo el sugestivo título “Para una Justicia de rostro mas humano”. Una de sus conclusiones más relevantes fue que el derecho procesal no es una mera técnica sino una

767; 300: 197; 298: 76, 464 y 558; 300: 197, 903 y 936; 301: 45; 302: 528 y 1284; 303: 528 y 1284; 303: 1334; 304: 717 y 1017,

³² **CALAMANDREI, Piero**, “Elogio de los Jueces escrito por un Abogado”, trad. de Ayerra REDÍN, Santiago SENTIS MELENDO y Conrado RENZI, “El Foro”, Bs. As., 1997, p. 160.

³³ **CALAMANDREI, Piero**, “Proceso y Democracia”, trad. de Héctor FIX ZAMUDIO, EJE, Bs. As., 1960, ps. 55 y 88.

³⁴ **CALAMANDREI, Piero**, “La certeza del derecho y las responsabilidades de la doctrina”, en “Los estudios de Derecho Procesal en Italia”, citada, p. 135

³⁵ **MORELLO, Augusto M. - TROCCOLI, Antonio A.**, “La revisión del contrato”, Platense, La Plata, 1977, p. 285.

³⁶ **MORELLO, Augusto M.**, “Memorias. Bases de una vocación”, Platense-Emilio J. Perrot, La Plata, 2006, p. 41.

realidad de cada día, realidad ésta que exige y necesita que aquél recoja las exigencias de nuestro tiempo, para convertir esta técnica en un *sistema jurídico humano*.

Para finalizar el segmento, debo destacar que la actividad jurisdiccional cumple entre otras, una función *social*, por lo cual debe atender las necesidades básicas de pacificación social por medio de la solución justa de los litigios, contribuyendo consecuentemente en los comportamientos de quienes integran la sociedad, en la medida que ésta utiliza los canales de la jurisdicción para resolver los conflictos que nacen en su medio. En atención a ello, los pronunciamientos que emanen de los magistrados deben inexorablemente satisfacer el principio esencial de la *justicia social*³⁷, que mediante la enmienda de 1994 ha tenido expresa consagración constitucional (art. 75 inc. 19 C.N.).

III. Autonomía del Derecho Procesal

La separación entre el derecho civil y el derecho procesal es relativamente moderna, pues en su origen no se concebía al procedimiento sino como un aspecto de la legislación de fondo. Los romanos no distinguían la acción del derecho; la misma constatación puede hacerse en el derecho inglés.

Fue en la legislación ibérica donde comienza a advertirse un principio de separación entre ambas disciplinas; prueba de ello, es el Fuero Juzgo, obra de San Braulio (año 653), considerado por **PRIETO CASTRO**³⁸ como el primer monumento legislativo español en materia procesal³⁹.

Pero, indudablemente la obra legislativa más importante se realizó bajo el reinado de Alfonso el Sabio, Las Leyes de las Siete Partidas, especialmente el Libro III de 1265⁴⁰, que no obstante estar concebido más bien en un plano teórico y de haber omitido múltiples cuestiones propias de toda ley procesal –lo que motivó su complementación con el Ordenamiento de Alcalá de 1348-⁴¹ su prestigio produjo una relevante gravitación en las normativas sancionadas posteriormente, tales como las Leyes de Toro de 1505, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805, en todas ellas encontramos capítulos especiales dedicados al

³⁷ El término “justicia social” fue utilizado por primera vez en 1840 por el cura siciliano Luigi Taparelli d’Azeglio, y recibió prominencia en *La Costituzione Civile Secondo la Giustizia Sociale*, un folleto de Antonio Rosmini-Serbati de 1848. Trece años después, John Stuart Mill en su famoso libro “Utilitarismo” le brindó un prestigio casi canónico para los pensadores modernos. **ALVAREZ LARRONDO, Federico M.**, “Juicio ejecutivo de consumo y las últimas resistencias del *Ancien Régime*”, L.L. 2009-F-708.

³⁸ A partir de dicho cuerpo legal las instituciones procesales experimentaron un avance muy acentuado, dando lugar a un proceso de carácter público con un juez funcionario del Estado (Rey) y un proceso expedito y simple, oral, con comunicación directa entre partes y juez e impulso oficial. **PRIETO CASTRO, Leonardo.**, “Exposición del derecho procesal civil en España”, Librería General, Zaragoza, 1944, p. 29.

³⁹ El Fuero Juzgo perduró hasta la invasión de los árabes, recibiendo general aceptación; posteriormente fue implantado por Fernando III (1217-1252) en diversas ciudades reconquistadas a aquéllos. **DI IORIO, Alfredo J.**, “Las variables que condicionan la evolución de las instituciones procesales”, E.D. 210-805.

⁴⁰ Se ha sostenido que la distinción entre ley procesal y ley material fue realizada por Jacobus Balduinus en el siglo XIII al establecer la diferencia entre los estatutos aplicables al procedimiento *ad ordinariam litem* y los que conciernen a la decisión sobre el fondo del asunto *ad decidendam litem*. **GONZALEZ CAMPOS, Julio D.**, “*Les liens entre la Compétence Judiciaire et la Compétence Législative en Droit International Privé*”, *Recueil des Cours*, Tº 1977 – III, p. 292, citado por **FEUILLADE, Milton C.**, “Ley que rige el proceso en casos iusprivatistas internacionales”, L.L. 2008-E-965.

⁴¹ En ese tiempo, también el derecho canónico va a tener dos expresiones trascendentes. Clemente V dicta la *Saepe contingit* (1306) y la *Dispendiosam* (1311) destinadas a reglamentar procesos civiles y de naturaleza comercial, llamados sumarios indeterminados, los que se implementaban con menores formalidades, confiriendo al juez de la causa mayores poderes de control sobre el proceso, con limitación de recursos, disminución de los plazos procesales, que ulteriormente dió origen a los plenarios rápidos. **DI IORIO, Alfredo J.**, publicación citada, E.D. 210-805.

procedimiento, aunque –como asegura **ALSINA**–, es con la ordenanza francesa de 1667 cuando la regulación del proceso adopta fisonomía propia⁴².

Posteriormente se dictaron el Código de Procedimiento Civil francés de 1806, la Ley de Enjuiciamiento española de 1855, modificada en 1881, de enorme influencia en los ordenamientos latinoamericanos, la Ordenanza Procesal Civil de Alemania de 1877 y la transformadora Ordenanza Procesal austríaca de Franz Klein de 1895.

En el plano doctrinario fue **Bernhard WINDSCHEID** el primer autor en sostener el distingo entre acción y derecho⁴³, e iniciando, al decir de **Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO**, la “famosa edad de oro del procesalismo alemán”⁴⁴, de la que participan **Theodor MUTHER**⁴⁵, **Oskar von BÜLOW**⁴⁶ y **Adolf WACH**⁴⁷.

A partir de esta sólida corriente doctrinaria germánica, **Giuseppe CHIOVENDA** –como lo recuerda **SENTÍS MELENDO**⁴⁸– desde la brillante exposición del 3 de febrero de 1903 en las aulas de la Universidad de Bolonia sobre “La acción en el sistema de los derechos” –obra en la que sustenta la distinción entre acción y derecho material, básica para la emancipación del derecho procesal– inicia los estudios sistemáticos del proceso civil en Italia –cuya base está constituida por “Principios” en los que se procura resumir la realidad para comprender mejor la ley– y quien coloca victoriosamente al Derecho Procesal en la categoría de una ciencia jurídica independiente y con lugar propio en el contexto general de los Derechos.

Se halla suficientemente claro que el pensamiento chiovendiano planteó un profundo cambio conceptual que hacía emerger problemas nunca antes observados y demostró la autonomía de la ciencia procesal, instancia superadora del procedimentalismo y del método de la exégesis; de aquí su transformación.

La generosa acogida y los tempranos entusiasmos que despertara la naciente disciplina, pervivieron al impulso vivificador que transmitían las renovadas y cada vez más profundas y complejas enseñanzas de los continuadores. Y en tal sentido,

⁴² **ALSINA**, Hugo, “Tratado...”, citada, Tº I, p. 41.

⁴³ Antes de Windscheid la doctrina se daba por satisfecha prácticamente con la definición de Celso *-nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi-* y se limitaba por lo general a intentar simples paráfrasis respecto de ella; no se planteaba seriamente la posibilidad de una divergencia entre lo que los romanos consideraban *actio* y lo que los modernos entendían por acción (*Klagerech*). La monografía de Windscheid “La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno”, Dusseldorf, 1856, agitó las aguas estancadas al discutir en forma vivaz el paralelismo entre la *actio* romana y la acción moderna (*Klagerech*), y la coordinación de la *actio* con un derecho subjetivo cuya tutela ella asegurase. La problemática moderna relativa tanto a la *actio* como a la acción tiene su acta de nacimiento en la aludida publicación. La influencia de Windscheid se reflejó en el campo romanístico, en el derecho civil y procesal y en éste último la más afortunada, si no la más feliz fue la doctrina de la “pretensión” (*Anspruch*) al contemplarla como el equivalente moderno de la *actio* y la delineó como situación jurídica sustancial, netamente distinta de la acción en sentido procesal y no identificable, por otra parte, con el derecho subjetivo, del que habría representado más bien una emanación. **PUGLIESE**, Giovanni, Introducción de la obra “Polémica sobre la “Actio”, **Bernhard WINDSCHEID** y **Theodor MUTHER**, trad. de Tomás A. BANCZAF, EJE, Bs. As., 1974, ps. XII y siges.

⁴⁴ **ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO**, Niceto, Presentación de la obra de **Adolfo WACH** “Manual de Derecho Procesal Civil”, traducción de la obra “*Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*”, tomo I, Leipzig, 1855, por Tomás A. BANCZAF, EJE, Bs. As., 1977, p. XII.

⁴⁵ “Polémica sobre la *actio*”, citada.

⁴⁶ “La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales”, traducción de la obra “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*”, Giessen, 1868, por Miguel A. ROSAS LICHTSCHEIN, El Foro, Bs. As., 2008.

⁴⁷ Afirmó **CHIOVENDA** que fue “el mayor de los ilustres juristas a quienes debe Alemania la formación de su ciencia procesal”, necrología de Adolfo Wach, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1926, tº. I, p. 366, citado por **Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO** en la Presentación del libro ut supra mencionado, p. XIII.

⁴⁸ **SENTÍS MELENDO**, Santiago, “Estudios de Derecho Procesal”, EJE, Bs. As., 1967, Tº I, p. 5.

destacamos a **Francesco CARNELUTTI** que aporta la grandiosidad de su sistema, mientras **Enrico REDENTI** desarrolla la visión histórica de las instituciones procesales y, a su tiempo, **Piero CALAMANDREI** posa su aguda visión en la acción humana en el gran drama judicial, percibiendo el desfile de partes, jueces y abogados. Todos ellos, fueron en un sentido u otro, verdaderos poetas apasionados que idealizaron los resultados de la ciencia.

Lo decisivo es la profunda renovación del método de estudio que inauguraron, no sólo para la propia disciplina sino con la fuerza expansiva y utilidad en todas las ramas del derecho y, particularmente, en la teoría general. Al punto que se ha afirmado —no sin cierta exageración— que el advenimiento del derecho procesal civil fue el hecho más saliente en la historia de la ciencia jurídica del siglo XX⁴⁹.

IV. Simbiosis del Derecho material y el Derecho Procesal

Fue muy claro y convincente **CARNELUTTI** al expresar que sin el proceso el derecho material no podría alcanzar sus fines; pero tampoco los podría alcanzar el proceso sin el derecho; la relación entre los dos términos es circular⁵⁰.

No cabe ninguna duda de las estrechas vinculaciones existentes entre nuestra disciplina y el derecho sustancial. Ello lo encontramos reflejado muy claramente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que son numerosas y variadas las instituciones autónomas o puras contenidas en el Código Civil que es necesario recurrir para el desenvolvimiento del proceso.

Así la capacidad para actuar en juicio se rige por las reglas de la capacidad de obrar; la legitimación de las partes para deducir la acción se determina por la norma que reglamenta la relación jurídica sustancial (acreedor, deudor, propietario, locatario, etc.); la extinción del derecho importa la extinción de la acción, aplicándose las normas en materia de prescripción liberatoria; todo lo relativo a la prueba de los contratos, etc.; iguales consideraciones pueden hacerse respecto del derecho comercial (contratos, pruebas, acción ejecutiva, etc.).

Incluso el Código Civil contiene dispositivos que desbordan el marco del derecho sustancial y avanzan en el espacio procesal en materia de medidas cautelares, tales como los arts. 231 y 233, que según texto ley 23.515 establecen: **“Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en caso de urgencia, podrá el juez decidir si alguno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quien corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca”**.⁵¹ El segundo de ellos, nos dice: **“Durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, y aun antes de su iniciación en caso de urgencia, el juez dispondrá, a pedido de parte, medidas de seguridad idóneas para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del**

⁴⁹ **BERIZONCE, Roberto O.**, “Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio”, J.A. 80º Aniversario, p. 49, quien sigue a **Salvatore SATTA**, “La dottrina del Diritto Processuale Civile”, Riv. Dir. Proc. 1992, n. 3, p. 703.

⁵⁰ **CARNELUTTI, Francesco**, “Derecho y Proceso”, citada, Tº 1, p. 39.

⁵¹ La norma contempla el decreto de las siguientes medidas: 1) retiro del hogar conyugal; 2) Reintegro del hogar conyugal; 3) Determinación de la guarda de los hijos; 5) Fijar alimentos provisionales a favor del cónyuge y de los hijos, como asimismo las expensas necesarias, que las puede reclamar cualquiera de los conyuges a diferencia del sistema anterior, en que sólo se regulaba a favor de la esposa.

otro. Podrá, asimismo, ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de que fueren titulares los cónyuges”.

Por su parte, el art. 1295 del aludido cuerpo legal determina: “Entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad. Puede también pedir que se le dé lo necesario para los gastos que exige el juicio”.⁵²

En materia de prueba, en los procesos de filiación, el art. 253, según ley 23.264, contempla que “se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte”.

En lo que atañe a la prestación de alimentos, el art. 375 prescribe: “El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo”; el que es complementado por el art. 376, en estos términos: “De la sentencia que decreta la prestación de alimentos, no se admitirá recurso alguno con efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos podrá ser obligado a prestar fianza o caución alguna de volver lo recibido, si la sentencia fuese revocada”.

Tales dispositivos asombran –afirmó MORELLO– por su excelente previsión vanguardista, “combina con acabado equilibrio y equidad el juego armonioso de los factores más gravitantes en la legitimación activa y de procesos urgentes que dan vueltas en el horizonte actual: poderes de los jueces; factor decisivo del tiempo; acción efectiva de la jurisdicción; observancia del proceso justo; anticipación de la cautela material (prestaciones inmediatas iguales a las que establece la condena en el mérito, cuando hay necesidades que no puedan aguardar ¡al mastodónico proceso ordinario!) y exige, respuestas a alcanzarse sólo mediante la cognición sumario y beneficio de litigar sin gastos (litisexpensas)”⁵³.

⁵² El dispositivo autoriza el decreto de diferentes medidas cautelares, tales como 1) Inhibición general de bienes, no exigiéndose el desconocimiento de bienes o la insatisfacción de los existentes para cubrir el crédito reclamado como lo impone el art. 228 del CPCCN.; 2) Embargo, sean propios o gananciales, aunque respecto de los primeros debe obrarse con suma prudencia y con criterio restrictivo para no irrogar al cónyuge perjuicios inútiles, ni afectar los derechos de terceros, a menos que se demuestre, aunque sea *prima facie*, la complicidad de éstos para perjudicar los derechos del cónyuge que las solicite. En general, el embargo puede trabarse sobre la totalidad de los bienes de capital, limitándose al 50% cuando se traba sobre depósitos bancarios, valores mobiliarios o fondos en general, salvo circunstancias excepcionales que motiven su ampliación a la totalidad, como en caso de enajenaciones fraudulentas u ocultación de bienes, para compensar los valores enajenados u ocultados; igualmente se limita al 50% de los frutos gananciales (alquileres, utilidades de una sociedad, rentas de inmuebles, ingresos de una fábrica, capital acrecentado después del matrimonio en una sociedad, honorarios judiciales) por cuanto sobre ellos los cónyuges participan por mitades. 3) Veedor en los negocios del demandado para informar sobre sus operaciones o determinar el estado de explotación de un negocio, sin facultades de administración, ni de retención de dinero sino sólo de informar al juzgado sobre lo que fuere útil. 4) Interventor judicial, sin llegar a la privación de la administración del demandado a fin vigilar el desenvolvimiento de las operaciones y en su caso retener el porcentaje de las utilidades sobre el cual se trabó embargo; 5) Prohibición de innovar, puede ser útil para evitar actos materiales que pudieran disminuir el patrimonio ganancial, como la demolición de construcciones valiosas. Es criterio predominante que para decretar estas medidas no es necesario el otorgamiento de la contracautela que establece el ordenamiento procesal. Para consultar jurisprudencia sobre esta materia, ver BELLUSCIO, Augusto C., “Código Civil, com. anot. y conc.”, Astrea, Bs. As., 1986, Tº 6, ps. 219-229.

⁵³ Puso de resalto el brillante Maestro, cuatro características de las normas confeccionadas por el codificador en 1868. Veamos: 1) Destaca sin expresarlo la importancia del juez de primera instancia y del proceso sumario, vedando toda acumulación retardataria e incompatible; 2) Opta por el proceso sumario de menor conocimiento, diferente simplicidad y adaptabilidad a la naturaleza de la prestación urgente, de la Justicia de Protección y de Acompañamiento. 3) Y como el derecho a los alimentos no puede esperar y el que los reclama es indigente,

Por otra parte, ciertos institutos bifrontes, que constituyen como el puente de paso entre el proceso y el derecho subjetivo, pueden ser provechosamente tomados en consideración por el modo como se comportan en el proceso, o también por los efectos que ejercen sobre las relaciones de derecho sustancial fuera del proceso: son por tanto susceptibles de diversa sistematización según el punto de vista desde donde se los mire. Esto vale, en particular, respecto de las normas que reglamentan la admisibilidad y la eficacia de los medios de pruebas, las cuales, especialmente cuando están dictadas con miras a especiales relaciones jurídicas, se adhieren estrictamente a la disciplina sustancial de esas relaciones y obedecen normalmente a los mismos principios de derecho internacional y de derecho transitorio.

Varias décadas atrás, el Maestro **MORELLO** haciendo gala de una asombrosa y equilibrada visión anticipatoria de los fenómenos -que caracterizó su dilatada trayectoria investigativa y docente- anunció el axioma "Derecho material y derecho procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran"⁵⁴. Y la razón es muy simple, por cuanto ninguna de nuestras disciplinas conforman una caja vacía sino, por el contrario, se encuentran fuertemente involucradas por las respectivas naturalezas de ambas y máxime teniendo en cuenta que el derecho procesal por su esencia constituye una función pública, y por tanto está puesta al servicio del derecho privado para hacer efectivas sus instituciones.

Amén de ello, inciden las permanentes innovaciones que se disparan en el devenir del tiempo y sobre las cuales el Derecho, desde sus sensibles registros, debe expresar las reglas de conducta aplicables. En este proceso de continuos cambios, la actividad jurisdiccional tiene una enorme relevancia en las transformaciones que se operan en el derecho fonal desde la modificación del concepto de persona física hasta la protección de consumidores y usuarios que requerirá innovadoras y activas intervenciones de los jueces.

Criteriosamente se ha afirmado que la aparición contemporánea de nuevos y singulares derechos (de tercera y cuarta generación) requiere un maridaje todavía más atento entre el derecho material y las estructuras procesales elaboradas para su defensa y prevalencia⁵⁵.

Por otra parte, nuevas ramas jurídicas podrán desenvolverse con la contribución judicial. Así como en su momento el derecho comercial, se desprendió del civil y luego lo hicieron el derecho laboral y el procesal, así como el derecho de la

asoma en la pluma de Vélez el rostro del proceso justo, equitativo y humanitario: no hay costos porque el juez obliga al deudor de ellos a las expensas que posibiliten a litigar y además, adelanta (justicia temprana sin ejercerla al final) a las prestaciones que deberá establecer la condena, tal como lo pergeñó la Corte Suprema en "Camacho Acosta" en 1997; 4) Pero, además, el art. 376, integrado al tipo procesal que se diseña tan inteligentemente para la prestación alimentaria, dispone que la sentencia que decreta su procedencia y fija el quantum no admitirá recurso alguno con efecto suspensivo e, igualmente, acoraza la efectividad de esa ejecución en su cumplimiento inmediato al exigir al acreedor de los alimentos de toda obligación de prestar fianza o caución alguna de volver lo recibido si la sentencia fuera revocada. **MORELLO, Augusto M.**, "Vélez Sarfield. Una magnífica lección de Derecho Procesal para el siglo XXI", E.D. 224-895.

⁵⁴ Tal fue el título de su publicación del 9.2.2000 en E.D. 186-1079, aunque ello fue intuido ya en sus primeras obras: En materia de dominio mediante posesión ("El proceso de usucapión", Abeledo-Perrot, 1960); Derecho de familia ("La separación de hecho entre cónyuges", Abeledo-Perrot, 1961); transacción ("La transacción desde la perspectiva procesal", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 11, 1963, p. 375); patrimonial ("El boleto de compraventa inmobiliaria", Platense, 1ª ed., 1965); responsabilidad civil ("Indemnización del daño contractual", Platense, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1974); sobre el impacto del poder adquisitivo de la moneda ("La revisión del contrato", con Antonio A. TROCCOLI", Platense, 1977); concursos ("Códigos procesales -obra en común-, Platense, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 1998, T° VIII, ps. 3 y sgtes.) y en el área de los intereses difusos ("La tutela de los intereses difusos", Platense, 1999).

⁵⁵ **PEYRANO, Jorge W.**, "Influencias del derecho de fondo sobre el régimen cautelar", Revista de Derecho Procesal, 2009-2 "Sistemas cautelares y procesos urgentes", Rubinzal-Culzoni, Sta. Fé, p. 33.

integración y el derecho internacional de los derechos humanos se alejaron más recientemente del derecho internacional público, hoy estamos en presencia de nuevas ramificaciones y especializaciones,⁵⁶ tales como el derecho ambiental, el de los consumidores y usuarios; y es así, como en nuestra disciplina proliferan las ramas y materias.⁵⁷

El Derecho es la vida, y tanto uno como otro, jamás permanecen inmóviles; “el pasado es superado por un presente por demás activo, que va imaginando de continuo el modo de construir el futuro de una manera mejor o más justa”⁵⁸.

En la simbiosis del Derecho sustancial y el procesal, cada interés legítimo debe contar con una técnica procesal propia que defienda o proteja su indemnidad e integridad; o cuando se produzca un episodio de ineficacia o de nulidad, contemple de manera lógica y equilibrada, y sobremanera, equitativa, las opciones o alternativas que al menor costo de tiempo, trámite y onerosidad, permitan la solución posible en cada margen de circunstancia diferenciada; tales como en los casos de revisión del contrato, reconducción o reconversión del interés contractual en supuestos en que debe adecuarse al resultado por las propias partes, negociándolo; o por los árbitros o jueces, de mediar una controversia al respecto; igual sucede con el incidente de nulidad, la acción de revisión de cosa juzgada írrita y otros supuestos. En general responden a la misma lógica fundante, con las salvedades propias de la intervención del órgano jurisdiccional, los intereses involucrados, la gravitación del orden público, los principios de preclusión y seguridad jurídica, etc.⁵⁹.

La existencia de cierta unidad de raíces que hace que cada nuevo brote o rama que intente abrirse paso, reconozca y respete su identidad troncal con ese todo homogéneo e indisoluble que es el Derecho. De ahí la uniformidad de soluciones y coherencia de principios que viene a prevalecer en todas y cada una de las “nuevas” manifestaciones jurídicas con que la realidad pretende cobijarse. La legislación específica vendrá “después”; legitimará o quedará girando en falso, incapaz de acomodarse a los requerimientos de los fenómenos sociales que no logran en ella adecuada comprensión.⁶⁰

⁵⁶ Ello no debe ser motivo de preocupación. **MANILI, Pablo L.**, “El Derecho Procesal Constitucional”, L.L. 2010-F-1001. “El Derecho de la Integración del Mercosur debería avanzar con el aporte de los jueces, sobre todo dotando al proceso integrador de un tribunal propio. El Bioderecho, el Derecho de la Salud, el Derecho Ambiental, el Derecho Informático, el Derecho Económico, etc., como perspectivas aptas para enriquecer a las ramas tradicionales, pueden esperar mucho de la vanguardia judicial en solución de los nuevos casos”. **CIURO CALDANI, Miguel A.**, “El juez en el cambio histórico”, L.L. 2001-D-1150.

⁵⁷ Tales como: procesal civil, procesal comercial, procesal concursal, procesal laboral, procesal constitucional, procesal ambiental, procesal penal, procesal contravencional, procesal contencioso administrativo, procesal tributario, etc., etc.

⁵⁸ **MORELLO, Augusto M. - de la COLINA, Pedro R.**, “Negocios inmobiliarios”, Platense, La Plata, 2007, p. 15.

⁵⁹ Ibidem, ps. 72 y 73.

⁶⁰ Lo expresado lo confirman **MORELLO y de la COLINA** con la suerte que han corrido, por caso, medios instrumentales como el propio boleto de compraventa o el amparo; ambos, institutos arribados de la mano de la praxis y las exigencias del tráfico. Respecto del primero fue instrumento sólido, dúctil, que aun desafiando las propias exigencias del ordenamiento positivo, logró evadir su primigenio mote de precontrato y marcó el sendero preferencial para el acceso a la vivienda durante varias décadas de airoso predominio. Tocante al amparo –se dieron similitudes del fenómeno- nacido como hijo de las circunstancias fue menester un primer ciclo de maduración que consolidara sus rasgos esenciales, plasmado primeramente en el articulado de los textos normativos que finalmente acompañaron aquel esculpido jurisprudencial y ya en nuestros días, la evolución se manifiesta en ramificaciones particulares que más que debilitar confirman aquella primera realidad con matices develadores de un descomunal dinamismo, tales como el “amparo contra actos de discriminación”, el “ambiental”, el “hábeas data” o amparo específico; el “salutífero”. No se resquebraja sin embargo la identidad radicular del instituto ni su solidez de esencia, son reflejos de una misma realidad que se manifiestan en parcelas particularizadas, y allí magnifican perfiles específicos. Ibidem, ps. 214 y 215.

Otras de las manifestaciones de la mancomunidad entre el derecho de fondo y el instrumental lo constituye la ley 17.711, que al implementar su transcendental reforma de nuestro Código Civil, se nutre de una concepción presidida por un alto grado de activismo judicial y, por ende, de mayor confianza en el rol conferido a los jueces al punto de invadir con su regulación, la esfera del derecho adjetivo, que es el ámbito natural donde se debe regular, concretamente, la actuación de los magistrados civiles.⁶¹

No debemos olvidar que “*los poderes*” de la acción (pretensión) o de la excepción, el uso de las garantías instrumentales del proceso, son siempre, en sentido estricto, el ejercicio de “*poderes sustanciales*” y que la dialéctica de los litigios se ha establecido para acentuar la indivisible ligazón que une al derecho de fondo con el proceso. También que es *finalidad* del último *facilitar* de la manera más razonable, disminuyendo las dificultades operativas que puedan oponerse a ese objetivo: la aplicación del derecho material⁶².

Advierte **ATTARDI** que el proceso no es sino “el medio para la producción de determinados efectos jurídicos (económicos-sociales y axiológicos) a favor del titular de un derecho”. Las “normas materiales, y no solamente las procesales, son las que deben ser llevadas a la consideración del juez, de manera que se abre, por tanto, un sinnúmero de posibilidades de que el titular del derecho obtenga una sentencia”, pues “el proceso existe para que quien tenga derecho pueda conseguir su declaración y realización⁶³”.

A modo de colofón, sostengo que los fenómenos jurídicos, habida cuenta de la multiplicidad de facetas que presentan, sólo son comprensibles cuando se los capta de una manera abarcadora y va de suyo entonces la cohabitación forzosa – inescindible lo material con lo procesal-, merced a fronteras técnicas de membranas débiles que se integran en el acontecer de lo jurídico.

Magistralmente **MORELLO** lo expresó: “el uno se proyecta en el otro y, recíprocamente, lanzándose hacia delante unidos con recíproco impulso y en una dirección de metas sucesivas, para cuyos logros han de observarse determinadas reglas y principios, con lo que se termina por suministrar adecuada justificación, en miras de obtener la *efectiva* realización del derecho y sus valores⁶⁴”.

La tan proclamada autonomía de la acción y del proceso ha terminado por oscurecer los vínculos entre éstos y el derecho sustancial, olvidando la estrecha dependencia de los institutos del proceso con las disposiciones del derecho material, y por ende, del rol que el Derecho hegemonícamente desarrolla en la sociedad. Y el Derecho Procesal ha de esforzarse para equilibrar la garantía de las partes y el logro de la mayor justicia posible, con especial referencia a las particularidades de los nuevos tiempos.

Con agudeza intelectual **MORELLO** afirmó: “La bipolaridad en una cohabitación forzosa –inescindible- de lo material con lo procesal, merced a fronteras técnicas de membranas débiles que se integran en el acontecer de lo jurídico, nos alertó, en ya lejanos días, acerca de su inseparabilidad, en tanto no

⁶¹ Se desarrollan extensamente las innovaciones introducidas por la ley 17.711, específicamente en los arts. 522, 656, 907 y 1069 del Código Civil, en el Capítulo IV, Ap. II, ítems 5.4 “El Código Civil y el poder discrecional de los jueces”.

⁶² **ANDOLINA, Italo**, “Per profilo degli atti processuali con effecti di diritto sostanziale”, “Jus, 1959, p. 104, citado por **MORELLO, Augusto M.**, “Derecho material y derecho procesal, senderos bifurcados que hoy se reencuentran”, E.D. 186-1079.

⁶³ **ATTARDI, Aldo**, “L’interesse ad agire”, Padova, 1958, ps. 72 y 73, citado por **MORELLO, Augusto M.**, *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

cabe desacoplarlas sino, por el contrario, respetar sus respectivas partes y, en paralelo, bregar por la síntesis realista que no hiciera prisionera a una de ellas de la otra y, al mismo tiempo, sirviera para mirar por los dos ojos, por ser ésta la forma de ver ampliados sus planos, objetivos y fines”⁶⁵.

En definitiva, considero que la autonomía del Derecho Procesal es conceptual, propedeútica, no ontológica, pues el mismo se integra al ordenamiento jurídico. El objetivo es la síntesis y armonía del derecho sustancial y derecho instrumental, y fundamentalmente a lograr una unidad por el común propósito de servicio al logro de la justicia.

Si el proceso y el derecho no son más que diversas expresiones, complementarias entre sí, de una misma realidad social, el proceso no puede sin embargo considerarse como fin en sí mismo, sino que se lo debe construir necesariamente como el instrumento del derecho sustancial, que lógicamente constituye su premisa y su fin: de manera que los supremos principios del proceso, no pueden encontrarse sólo en el Código ritual, sino que se los debe buscar en el espíritu unitario de todo nuestro ordenamiento jurídico.

La renovación del proceso civil se expresa a través de varias concurrentes manifestaciones, de entre las cuales asigna importancia a la recuperación dinámica del “indisoluble ligamen entre el Derecho sustancial y el Procesal”, bajo la decisiva luminosidad que irradian las guías de la Constitución Nacional –a favor de una reformulación del proceso justo, centrado en el reconocimiento sucesivo de legitimaciones de obrar “extraordinarias” y dispuesto a posibilitar un adecuado y democrático acceso a la jurisdicción, sin el ahogo del infecundo y absorbente garantismo sólo formal- y los tratados internacionales cuyos principios y estándares profundizan el “valor primario de la efectividad de la tutela jurisdiccional”⁶⁶.

No deja de ser una ilusión creer que se puede mantener un foso que separa el carril proceso del objeto de la controversia, minorizando el derecho sustancial que debe protegerse. Las evoluciones del derecho fondal y del instrumental se iluminan mutuamente y se potencian recíprocamente. En definitiva, las innumerables comunicaciones entre los diversos compartimentos del derecho demuestran acabadamente la fundamental unidad de la ciencia jurídica.

⁶⁵ MORELLO, Augusto M., “Acceso al Derecho Procesal Civil”, Platense, Lajouane, Bs. As., 2007, p. 102.

⁶⁶ PROTO PISANI, Andrea, “L’ influenza del Diritto del Lavoro sul Diritto Processuale”, en AA. VV., Studi in onore di Vittorio Denti (publicación N° 74 de la Univ. de Pavia), Cedam, 1994, vol. 3°, ps. 419-438, la cita en la p. 420, N° 1, transcriptas por MORELLO, Augusto M., “Apuntes sobre el Derecho Procesal civil en la primera parte del siglo XXI”, Revista de Derecho Procesal 2007-2 Sentencia – I, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2007, p. 431.

C A P Í T U L O II

LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

I. Naturaleza jurídica de la jurisdicción

Etimológicamente el término jurisdicción proviene del latín “*juris-dictio*”, que quiere decir “acción de decir el derecho”,⁶⁷ no de establecerlo, por cuanto ya ha sido creado legislativa o consuetudinariamente o incluso de manera convencional.⁶⁸ Decirlo, importará interpretarlo en su contenido y alcance y, así identificado, aplicarlo a la realidad concreta, frente a la situación conflictiva –actual o potencial- de intereses con trascendencia jurídica.

Numerosas son las razones por las cuales la jurisdicción tiene un rol protagónico en el contenido del Derecho Procesal y la determinación de su concepto reviste particular importancia. En primer lugar, por cuanto se vincula con la noción de la acción como potestad de los individuos para ponerla en movimiento; con el de competencia, como límite para su ejercicio, y el de sentencia como medio de expresión⁶⁹. Amén de ello, se encuentra estrechamente relacionado con los principios liminares que deben regir en el proceso, sus alcances, los poderes y deberes de los jueces en el desempeño de la actividad jurisdiccional, como asimismo las facultades de las partes tendientes a evitar la vulneración de los derechos y garantías inherentes a un proceso justo.

Va de suyo, entonces, que resulta inexcusable precisar su naturaleza jurídica, aun cuando no se puede dar una definición absoluta del concepto de jurisdicción, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos.⁷⁰

Muchas son las definiciones que se han dado de la jurisdicción en el constante esfuerzo para conceptualizarla⁷¹, de las cuales recordaremos dos, las más

⁶⁷ Esta expresión parece tener su origen en la función que el magistrado ejercía en las *legis actiones*: mostrar o indicar el derecho que el juez debía aplicar; ya en el procedimiento extraordinario se le identificó con el contenido de la sentencia. **LASCANO, David**, “Jurisdicción y competencia”, Kraft, Bs. As., 1941, p. 45.

⁶⁸ Actualmente la actividad jurisdiccional se presenta cronológica y conceptualmente posterior a la función legislativa y dependiente de ésta, pero sin embargo, en la formación histórica del Estado, la actividad judicial precedió a la legislativa y fue medio para llegar a ésta. **ROCCO, Alfredo**, “La sentencia civil”, traducción de la obra “*La sentenza civile*”, Torino, 1906, por Mariano OVEJERO, El Foro, Bs. As., 2003, p. 21.

⁶⁹ **ALSINA, Hugo**, “Tratado...”, citada, Tº II, ps. 415 y 416.

⁷⁰ No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a cierto momento históricos. **CALAMANDREI, Piero**, “Instituciones del Derecho Procesal Civil...”, citada, vol. I, p. 114.

⁷¹ **ROCCO** enumera los siguientes criterios: a) *La jurisdicción es la actividad con que el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo o sea, a la reintegración del derecho amenazado o violado* (GERBER, KIRCH, MANFREDINI, SIMONCELLI). Se la objeta porque no siempre la actividad jurisdiccional presupone un *derecho amenazado o violado*, bastando sencillamente la *inseguridad* sobre la existencia de un derecho, para que el conflicto de intereses que de la misma se deriva, deba ser solucionado mediante un juicio que establezca, cual es el interés tutelado; b) *La jurisdicción es la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho objetivo, mediante la aplicación de la norma al caso concreto y su obligada realización* (WACH, CHIOVENDA); c) *Obra de la jurisdicción es asegurar en los casos particulares una relación insegura o discutida* (BERNATZIK, JELLINEK). Es incompleta porque excluye *a priori* en la jurisdicción todo el procedimiento ejecutivo, en el cual no hay inseguridad sobre la tutela concedida a un interés, sino inobservancia de la norma por parte del obligado; d) *La actividad jurisdiccional no tiene un contenido substancial propio, sino solamente caracteres formales particulares* (LABAND, FREIBURG). Es insuficiente porque el órgano no puede calificar la función, siendo en cambio, la particularidad de la función la que diferencia el órgano; e) *La jurisdicción es resolución de controversia: su característica exterior es el contradictorio* (PLÓSZ, DE PALO). Contra este criterio debe argumentarse que puede haber ejercicio de jurisdicción sin controversia y sin juicio (cuando media rebeldía o allanamiento); f) *La jurisdicción tiene por objeto la resolución de un conflicto entre la*

importantes, que en opinión de **LIEBMAN**⁷² han constituido el tejido dialéctico del debate científico especialmente en Italia por muchos decenios.

Así, para **CHIOVENDA** “la jurisdicción consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos públicos a la actividad ajena, ya se afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica”⁷³.

Tal definición ha sido objeto de vivas discusiones; su discípulo **CALAMANDREI** planteó los siguientes interrogantes: “La concepción de la jurisdicción como sustitución de una actividad pública a una actividad ajena, es clara cuando la garantía jurisdiccional se mueva a consecuencia de una transgresión, ya ocurrida, de un precepto primario, y trate con medios diversos puestos en práctica por el Estado, de alcanzar el mismo efecto práctico que habría derivado del voluntario cumplimiento del obligado. Pero ¿cómo se puede hablar de sanción cuando la garantía jurisdiccional consiste solamente en la constatación oficial de un precepto primario aun no transgredido y que todavía es idóneo para ser voluntariamente cumplido por quién está obligado a observarlo?. ¿Y cómo se puede hablar de sustitución cuando la garantía jurisdiccional consiste en la producción de cambio jurídico que las partes, aunque estuvieran de acuerdo, no podrían obtener por sí, y para conseguir el cual la actividad del juez es en absoluto indispensable y no se presta, por consiguiente, a ser considerada como subrogado de una actividad de las partes que falta?”⁷⁴.

ALSINA se sumó a las críticas y afirmó con razón que “la actuación de la ley no es función específica de la jurisdicción, porque también hay actuación cuando el particular ajusta su conducta a la prescripción de la norma”⁷⁵. En efecto, cotidianamente, en la mayor parte de los casos, el derecho funciona porque se le ha dado observancia espontánea, y la ley se impone respecto de los individuos y plasma por sí la vida social sin necesidad de recurrir a la *aplicación jurisdiccional* del derecho.

Por otra parte, acertadamente señala **RIVAS** que existen supuestos especiales de *actividad de autoaplicación* en situaciones concretas, tal el caso de entidades o personas de derecho privado a quienes el orden jurídico asigna determinadas funciones que les permiten tareas de interpretación y aplicación del derecho (asociaciones y personas colectivas capacitadas para sancionar la conducta de sus miembros, por ej. suspender o expulsar al socio de un club, o de una actividad deportiva o a los educandos de una institución docente; a veces en ejercicio de un mandato público, v.gr. organizaciones profesionales que aplican sanciones por incumplimiento de deberes éticos o profesionales a sus colegiados)⁷⁶.

Tomando distancia de la definición chiovendiana, **CARNELUTTI** sostuvo que la *justa composición de la litis* constituye un interés colectivo, y cuando el comando jurídico que la norma contiene resulta ineficaz y los sujetos de la litis no encuentran

voluntad subjetiva y las normas objetivas, bien sea real o aparente (MORTARA). Se la critica por cuanto no todo conflicto entre normas objetivas, no todas las incertidumbres acerca de la norma aplicable, dan lugar al ejercicio de la jurisdicción, sino únicamente aquella incertidumbre, mediante la cual queda incumplido un interés que el derecho protege; g) *La jurisdicción es aplicación del derecho* (SCAIOLA). Es objetable por ser demasiado indeterminado e insuficiente. **ROCCO, Alfredo**, “La sentencia civil” citada, ps. 24-29.

⁷² **LIEBMAN, Enrique T.**, “Manual de Derecho Procesal Civil”, traducción de la obra “*Manuale di diritto processuale civile*”, Giuffrè, Milano, 1973, por Santiago SENTÍS MELENDO, EJE, Bs. As., 1980, p. 5.

⁷³ **CHIOVENDA, Giuseppe**, “Principios de Derecho Procesal Civil”, trad. de la 3ª ed. italiana, de José CASÁIS y SANTALÓ, Reus, Madrid, 1922, Tº I, p. 349.

⁷⁴ **CALAMANDREI, Piero**, “Instituciones del Derecho Procesal Civil”, citada, vol. I, p. 179.

⁷⁵ **ALSINA, Hugo**, “Tratado...”, citada, Tº II, p. 417.

⁷⁶ **RIVAS, Adolfo A.**, “Teoría General de Proceso”, citada, p. 134.

el modo de resolverla, interviene el juez no sólo para declarar el derecho sino para imponerlo con su mandato complementario; esa actividad del Estado, que comprende tanto el proceso penal como el administrativo, constituye la jurisdicción⁷⁷.

La laguna más grave de esta teoría, puntualizó **CALAMANDREI** es no tener en cuenta que se acentúa la tendencia del Estado a restringir y a controlar la autonomía privada, cuando el precepto legal sea incierto o cuando, por la naturaleza indisponible de los intereses a los cuales el mismo se refiere, aquél imponga, antes de que el mismo pueda ser puesto en ejecución, la declaración oficial de certeza⁷⁸.

Por su parte, **ALSINA** discrepó de la concepción carneluttiana al considerar que su amplitud "sugiere algunas observaciones que lo vuelve impreciso, porque hay procesos en que sólo forzosamente puede hablarse de *litis*, como el de ejecución, y porque es muy discutible si la sentencia contiene un nuevo mandato jurídico, es decir, si constituye un simple juicio lógico o un acto de voluntad"⁷⁹.

En mi opinión, la idea de una actividad complementaria de la labor del legislador, desarrollada también por **CALAMANDREI**⁸⁰, que parte del concepto unitario del fin jurídico del Estado, es objetable por cuanto el Poder Judicial tiene una existencia constitucional independiente y puede incluso juzgar a la actividad legislativa.

A partir de las definiciones transcritas y las observaciones formuladas, **ALSINA** deduce el siguiente concepto fundamental: "desde que se prohíbe a las personas hacerse justicia por mano propia, el Estado asume la obligación de administrarla, de lo cual deriva la acción, o sea el derecho de requerir la intervención del Estado para el esclarecimiento o la protección de un derecho, y la jurisdicción o sea la potestad conferida por el Estado a determinados órganos para resolver mediante la sentencia las cuestiones litigiosas que les sean sometidas y hacer cumplir sus propias resoluciones"⁸¹.

A tenor de las ideas que elabora la doctrina procesal moderna, sin dejar de tener en cuenta las dificultades de obtener una definición integradora, intentaré *aggionar* la conceptualización precedente.

Siguiendo en líneas generales a **RIVAS**⁸² podemos decir que jurisdicción es la *función*, el *poder-deber* y la *garantía constitucional* -establecida por el orden jurídico y con la organización encomendada a cumplirla- encargada de resolver (tomar decisión fija y decisiva⁸³) mediante la intervención de los órganos pertinentes como tercero imparcial y la imparcialidad de sus integrantes, utilizando el proceso o el procedimiento como instrumentos⁸⁴, conflictos -actuales o potenciales-⁸⁵ de

⁷⁷ **CARNELUTTI, Francesco**, "Sistema del Derecho Procesal Civil", Nos. 5, 39, 77 y 93, citado por **ALSINA, Hugo**, "Tratado...", citada, Tº II, p. 418.

⁷⁸ **CALAMANDREI, Piero**, "Instituciones de Derecho Procesal civil...", citada, vol. I, p. 181.

⁷⁹ **ALSINA, Hugo**, "Tratado...", citada, Tº II, p. 418.

⁸⁰ Sostiene el maestro florentino que para asegurar la observancia práctica del derecho en el desarrollo concreto de las relaciones sociales, es insuficiente la vigencia de las normativas sancionadas por el legislador, por ello para hacerlas respetar, es necesaria una ulterior actividad estatal que se presenta como integradora de la labor legislativa dirigida a poner en práctica la coercibilidad de las leyes que están garantizadas por la fuerza del Estado y a hacer efectiva la misma. Esta actividad es la *jurisdicción*, que "aparece como la necesaria prosecución de la legislación, como el indispensable complemento práctico del sistema de la legalidad". **CALAMANDREI, Piero**, "Instituciones de Derecho Procesal civil...", citada, vol. I, ps. 127-128.

⁸¹ **ALSINA, Hugo**, "Tratado...", citada, Tº II, p. 418.

⁸² **RIVAS, Adolfo A.**, "Teoría General del Proceso", ps. 133 y sigtes.

⁸³ Primera acepción según la Real Academia Española.

⁸⁴ Incluye todas las posibilidades que brindan el proceso, los procedimientos o cualquier forma procedimental, comprendiendo las que pueden llevarse a cabo antes de iniciación por medio de diligencias previas o medidas cautelares. *Ibidem*, p. 143.

intereses con trascendencia jurídica, estableciendo con posibilidad de adquirir fuerza de cosa juzgada⁸⁶, cuál es la parte que se encuentra asistida por el orden jurídico con las consecuencias consiguientes o bien de poder obtener un pronunciamiento judicial tendiente a la creación de nuevos estados o relaciones jurídicos y el desenvolvimiento y modificación de las existentes⁸⁷ o bien a dirimir⁸⁸ o componer (ajustar-concordar⁸⁹) los conflictos planteados mediante la concreción y ulterior homologación de un acuerdo transaccional.

A fin de determinar la **naturaleza jurídica de la jurisdicción** —afirma el citado autor⁹⁰— cabe analizar tres aspectos: su condición de medio operativo, el contenido jurídico del obrar estatal y la posibilidad de otorgarle entidad propia, y concluye que aquélla no tiene una naturaleza, sino varias según el enfoque que se practique, de *función*, de *poder-deber* y de *garantía constitucional*.⁹¹

Desde el punto de vista operativo, estamos frente a una función estatal pública o delegada por el Estado a terceros (árbitros) destinada a satisfacer necesidades colectivas. Así la ha definido **COUTURE** al sostener que “la jurisdicción, ante todo, es una función”⁹².

En el derecho comparado, normas constitucionales califican a la jurisdicción como función, tales como el art. 228 de la Constitución de Colombia que prescribe “La administración de justicia es función pública...”, el art. 139 de la Carta Magna de Perú al establecer que “Son principios y derechos de la función jurisdiccional...” y la Constitución de la República de Cuba de 1976 determina en su art. 120 “La función de impartir justicia dimana del pueblo y es ejercida a nombre de éste por el Tribunal Supremo Popular y los demás Tribunales que la ley instituye...”.

La jurisdicción como *contenido jurídico*, es un poder-deber del Estado. **CARNELUTTI** lo conceptualizó claramente: “La jurisdicción es un poder: quizá el

⁸⁵ El conflicto importa la disconformidad de un sujeto de derecho con el comportamiento de su contrario, o a la amenaza cierta y de manera inmediata del derecho materia que pudiere formular, o a la interpretación del derecho o situación jurídica que articular y pudiera significar una amenaza futura. *Ibidem*, p. 135. Se suele utilizar *conflicto* y *controversia* indistintamente en calidad de sinónimos, cuando en realidad, el primero es choque de intereses en una determinada situación, mientras que la segunda es la discusión en sí de ese enfrentamiento de intereses. Por ende, en la actividad jurisdiccional estamos siempre frente a un conflicto y que el mismo subsiste y es dirimido con prescindencia de si durante la sustanciación del proceso tal conflicto es controvertido o no (como sucede en caso de rebeldía, allanamiento, presentación conjunta de divorcio, etc.). **DI IORIO, Alfredo J.**, “Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional”, E.D. 104-975.

⁸⁶ Comprende los pronunciamientos homologatorios con fuerza equivalente que, si bien evaden el concepto puro de cosa juzgada, no dejan de tener naturaleza jurisdiccional, por cuanto conllevan una conclusión del conflicto. Sin embargo, apunta RIVAS, la cosa juzgada resulta una posibilidad de “máxima” de la actividad jurisdiccional, pues ésta puede llevarse a cabo sin producir aquélla, tal el caso, cuando por no sanearse la representación o subsanar el defecto legal incurrido en el escrito de demanda, o no prestarse el arraigo, se tiene por desistido del proceso al sujeto demandante o cuando, ante la inactividad de las partes, se declara la caducidad de la instancia. *Ibidem*, ps. 143-144.

⁸⁷ Me refiero a la jurisdicción voluntaria o no contenciosa que a juicio de ALSINA “es la tutela o protección de los derechos de los particulares, en ciertos casos en que se considera necesaria por no estar en condiciones de defenderse por sí mismos y existir el peligro de que sus derechos sean lesionados”. **ALSINA, Hugo**, “Tratado...”, citada, Tº II, p. 434.

⁸⁸ O *solventar* que implica, según el Diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, dar solución a un asunto difícil, lo cual trasunta la idea de terminación del asunto.

⁸⁹ Sexta acepción según la Real Academia Española

⁹⁰ **RIVAS, Adolfo A.**, “Teoría General del Proceso”, citada, ps. 149 y sigtes.

⁹¹ **ROCCO** alude a la jurisdicción desde el punto de vista social, como función y desde el punto de vista jurídico, como derecho y como deber del Estado, y por tanto, de los correspondientes deberes y derechos de los ciudadanos, o sea del derecho de acción y de la obligación de prestarse al desarrollo del proceso. **ROCCO, Alfredo**, “La sentencia civil”, citada, p. 53.

⁹² **COUTURE, Eduardo J.**, “Fundamentos del Derecho Procesal”, citada, Tº I, p. 40.

supremo de los poderes; aquel que termina por poner al hombre, nada menos que en el puesto de Dios. El derecho, a fin de que las cosas vayan como deben ir, reacciona contra este peligro. La acción es el medio para hacer bajar la cabeza al juez: *tu me puedes juzgar, pero me debes escuchar*⁹³.

En el mismo sentido **PODETTI** definió la jurisdicción como “el poder público que una rama de gobierno ejercita, de oficio o a petición de interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan el orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida”⁹⁴.

Resulta concluyente **Clemente A. DIAZ** al afirmar que “es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuados, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre éstos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico”⁹⁵.

Estoy convencido que la actividad jurisdiccional constituye el ejercicio de un **poder** emanado de la soberanía inherente al Estado-Nación y ejerce su función con *imperium*, pero asimismo reviste un **deber** ya que todos los miembros de una comunidad sin exclusiones gozan del derecho inexcusable de recurrir al Estado a fin de que ejerza esa función que le otorga la propia Ley suprema y bajo ningún pretexto puede eximirse de practicar los actos que le competen.⁹⁶

Por ello, discrepamos humildemente con **ALSINA** que la definió como “la facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos”⁹⁷, por cuanto una facultad es la atribución de ejercer o no una determinada actividad o función, mientras que un poder implica estar dotado de los medios y posibilidad jurídica necesarios para llevar a cabo la función encomendada, cuyo satisfacción no pueden eludir; pero además, es un deber por cuanto el orden jurídico le impone a aquéllos que ejercen dicho poder el sometimiento al orden jurídico, y de cumplimentar su ejercicio a fin de satisfacer el derecho que le corresponden a los sujetos jurídicos en resguardo de sus propios derechos.

La actividad jurisdiccional asumiendo el carácter de **Poder-Deber** constituye un binomio que se concreta a través de la actividad pública judicial, siendo entonces ambos, el anverso y reverso de la misma medalla.

Por último, la jurisdicción tiene entidad propia. En efecto, dentro del orden jurídico constitucional, la actividad jurisdiccional reviste una verdadera garantía que el Estado proporciona a los particulares que le están sujetos para que, en caso de conflicto que afecte sus derechos y libertades, dispongan de una estructura oficial específica a la cual podrán recurrir para defenderlos.

Enseña **CALAMANDREI** que los varios medios que el Estado prepara para reaccionar (de propia iniciativa o a petición del particular) contra la inobservancia del derecho objetivo, constituyen la que se puede llamar *garantía jurisdiccional* de las normas jurídicas⁹⁸.

⁹³ **CARNELUTTI, Francesco**, “Derecho y Proceso”, citada, Tº I, p. 128.

⁹⁴ **PODETTI, J. Ramiro**, “Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral”, I, “Tratado de la competencia”, 2ª ed. actualizada por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1973, p. 17.

⁹⁵ Según el autor esta definición no tiene ninguna pretensión de originalidad, pues no es sino la síntesis de otras. **DIAZ, Clemente A.**, “Instituciones de Derecho Procesal...”, Tº II-A, p. 17.

⁹⁶ **ROCCO** sostiene que la jurisdicción civil no es sólo un derecho, sino que es también un deber del Estado, por dos razones: a) porque los fines que forman el contenido sustancial de los derechos del Estado, por ser fines sociales o públicos, hacen que su consecución sea una obligación del Estado; y b) cada ciudadano tiene el derecho de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho privado material y el reconocimiento de este derecho implica el deber del Estado a autorizarlo y el de desplegar su actividad para la realización de aquellos intereses. **ROCCO, Alfredo**, “La sentencia civil”, p. 44.

⁹⁷ **ALSINA, Hugo**, “Tratado...”, citada, p. 414.

⁹⁸ **CALAMANDREI, Piero**, “Instituciones de Derecho Procesal Civil...”, citada, vol. I, p. 134.

Otros la denominan *tutela jurisdiccional*⁹⁹, pero el maestro toscano prefirió emplear el concepto de “*garantía jurisdiccional*”, habida cuenta que “la palabra garantía lleva siempre consigo la idea de un remedio, de una *defensa*, de una *extrema ratio* destinada a valer solamente en un segundo momento, a falta de un evento con el cual se contaba en un primer momento, y que, si se hubiese producido, habría hecho inútil la garantía”¹⁰⁰. La funcionalidad de esta garantía jurisdiccional según el eximio jurista es múltiple: observancia de la ley, reintegrar el derecho transgredido, ofrecer certidumbre y seguridad jurídica, restituir la vigencia del derecho afectado, constituir un estado jurídico, actuar preventivamente, etc.¹⁰¹.

Teniendo en cuenta su naturaleza y característica **RIVAS** resalta la categoría de esta garantía, sosteniendo —en opinión que comparto— que en la medida en que la estructura oficial específica “opere con independencia, de modo que no pueda ser interferida por factores extraños a su misión, se constituirá en una garantía de garantías; por eso es que al advertir la existencia de un poder del Estado encargado de la tarea consiguiente decimos que el Judicial es una verdadera supragarantía”¹⁰².

II. Contenido de la Jurisdicción (facultades, poderes, deberes, obligaciones)

Hasta mediados del siglo pasado, la doctrina aludía a la existencia de diversos elementos indispensables para la actividad jurisdiccional, que consistía en la *notio* —el derecho a conocer de una cuestión litigiosa determinada y de formar su convicción con el material de conocimiento que le suministraban las partes o que el mismo incorporaba al proceso—, la *vocatio* —la facultad de compeler a las partes a comparecer a juicio dentro de los plazos legales—, la *coertio* —aplicación de sanciones para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro el proceso a efectos de posibilitar su desenvolvimiento—, la *iudicium* —facultad de dictar sentencia poniendo fin a la litis con efecto de cosa juzgada— y la *executio* —imperio para la ejecución de los pronunciamientos judiciales mediante el auxilio de la fuerza pública¹⁰³.

La doctrina moderna prefiere analizar los **poderes de la jurisdicción**, que consisten en todas aquellas actividades que el cuerpo legal le confiere y/o le impone tendientes a la realización y cumplimiento de sus finalidades *jurídicas* —sustanciar un proceso justo conforme a las normas contenidas en el ordenamiento jurídico vigente—, *políticas* —decidiendo coercitivamente en los conflictos intersubjetivos que le son presentados mediante la solución justa de los mismos, fundamentada en la realidad de los hechos en que se apoyan las cuestiones controvertidas— y *sociales*, tendientes a satisfacer las necesidades básicas de pacificación social, mediante un pronunciamiento justo, objetivo liminar de toda Justicia.

La doctrina no es uniforme en la conceptualización de los poderes y deberes del juez en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. Como bien lo señaló **SENTIS MELENDO** “estamos en un terreno verdaderamente espinoso. Las palabras tienen un valor muy relativo: *poder, facultad, deber, obligación*”¹⁰⁴.

⁹⁹ SATTA denomina *jurisdicción civil* a la tutela jurisdiccional de los derechos; *jurisdicción penal* a la tutela de intereses objetivos y objetivamente protegidos mediante una sanción de carácter penal y *jurisdicción administrativa* a la tutela de intereses legítimos (subjetivos del ciudadano frente a la administración). SATTA, Salvatore, “Manual de Derecho Procesal Civil”, citada, vol. I, p. 11.

¹⁰⁰ CALAMANDREI, Piero, “Instituciones del Derecho Procesal Civil...”, citada, vol. I, p. 135.

¹⁰¹ Ibídem., vol. I, ps. 139 y sgtes.

¹⁰² RIVAS, Adolfo A., “Teoría General del Proceso”, citada, p. 152.

¹⁰³ ALSINA, Hugo, “Tratado...”, citada, Tº II, ps. 426-428.

¹⁰⁴ SENTIS MELENDO, Santiago, “El Proceso Civil. Estudio de la reforma procesal argentina”, EJE, Bs. As., 1957, p. 137.

Las definiciones de **CHIOVENDA**¹⁰⁵ no nos aclara el panorama, pues si bien afirmó que: “La actividad *jurídica* del magistrado en la relación de conocimiento corresponde siempre a un ejercicio de *facultades inherentes al poder jurisdiccional*, con el fin de cumplir la obligación de pronunciar sobre la demanda, de suerte que comprende una serie de actos dirigidos a aquél fin”, **SENTÍS MELENDO** nos advirtió de las dificultades de los traductores del maestro italiano, máxime cuando los propios autores de dicho país emplean diferentes términos sin posibilidad de matizar, y fundamentalmente porque aquél nos presenta “la acción *como un derecho potestativo*...después vendrá el enmarcamiento de ese poder dentro de las clasificaciones de los derechos. Concretamente, el problema que se nos plantea ante esa manifestación jurídica de lo que el juez *podrá hacer* es si estamos ante un *derecho*, ante una *facultad*, ante un *poder*, e incluso si esa manifestación jurídica puede ser constitutiva de un deber o de una obligación”¹⁰⁶.

Este mismo autor descartó el concepto de *facultad*, no obstante las rúbricas de los códigos que hablan de “facultades de los jueces”, por cuanto parafraseando a **AZTERI** nos dice que “facultad se denomina todo lo que una persona puede hacer o dejar de hacer a su arbitrio, sin que otro se lo pueda coactivamente prohibir o imponer, y todo lo que puede pretender de otros a su arbitrio mediante coacción”¹⁰⁷; y **SENTÍS MELENDO** agrega “Es el concepto de poder el que nos interesa, porque es susceptible hasta etimológicamente, de resolernos el problema de lo que los jueces pueden o podrán”¹⁰⁸. Con ello no hace nada más que confirmar lo expuesto dos décadas atrás al sostener que: “cuando los códigos modernos confieren facultades a los jueces, esas facultades deben contemplarse como deberes”¹⁰⁹.

Estoy convencido que no es por la vía de la *facultad* por la que se resolverá satisfactoriamente el problema, ni siquiera en su aspecto puramente terminológico, por cuanto si recurrimos al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, “poder” y “facultad” tienen similar significados, son sinónimos; y entiendo que es el concepto de *poder* el que particularmente nos interesa.

En tal sentido, resulta clarificador los conceptos vertidos por **CARNELUTTI**: “Tanto la jurisdicción como la acción son una suma o, mejor, un sistema de potestades y de derechos subjetivos, a los cuales corresponden deberes e incluso poderes recíprocos de otras personas, jueces, auxiliares, partes, defensores, terceros, que operan de modo diverso en el proceso”¹¹⁰. Y específicamente refiriéndose al rol del magistrado expresó: “La figura del juez se distingue de las otras, no tanto porque él solo está provisto de potestades, cuando por el carácter superior de las que le están atribuidas; su oficio en el proceso se resuelve, si no exclusivamente, sí predominantemente en el ejercicio de ellas”¹¹¹.

En el mismo registro, **CALAMANDREI** sostuvo que “el juez es uno de los sujetos de la relación jurídica procesal y como tal tiene deberes y poderes”¹¹², y al considerar la jurisdicción como una función pública puntualiza que “se deriva la necesidad técnica de dar al juez todos los poderes necesarios para poder cooperar

¹⁰⁵ **CHIOVENDA, Giuseppe**, “Principios de Derecho Procesal Civil”, citada, Tº II, vol. I, p. 268.

¹⁰⁶ **SENTÍS MELENDO, Santiago**, “La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio”, EJE, Bs. As., 1979, ps. 186 y 187.

¹⁰⁷ **AZTERI, Francesco**, “Dizionario Prático del Diritto Privato”, Vallardi, Milano, 1923, vol. III, Parte I, mencionado por **SENTÍS MELENDO, Santiago**, “La prueba...”, citada, p. 187.

¹⁰⁸ **SENTÍS MELENDO, Santiago**, “La prueba...”, citada, p. 188.

¹⁰⁹ **SENTÍS MELENDO, Santiago**, “El Proceso Civil...”, p. 155.

¹¹⁰ **CARNELUTTI, Francesco**, “Derecho y Proceso”, citada, Tº I, p. 42.

¹¹¹ **CARNELUTTI, Francesco**, “Instituciones del Proceso Civil”, trad. de Santiago **SENTÍS MELENDO**, “El Foro”, Bs. As., 1997, vol. I, ps. 293-294.

¹¹² **CALAMANDREI, Piero**, “Estudios sobre El Proceso Civil”, citada, p. 25.

activamente a la satisfacción del interés público que también en el proceso civil está en juego”¹¹³.

Como observó criteriosamente **DEVIS ECHANDÍA** “si se concibe a la jurisdicción como un deber del Estado frente al derecho de acción del particular y no sólo como un derecho frente al deber de los particulares de someterse a ella, es apenas obvio que se otorguen al juez los poderes suficientes para cumplir adecuadamente con tal deber”¹¹⁴.

Mientras que **MICHELÍ** sostuvo que el juez posee suficientes poderes, aptos para la dirección del proceso¹¹⁵, **GUASP** anunció la tendencia a aumentar las facultades y poderes del Juez en el proceso¹¹⁶, **FAIREN GUILLEN** alude a las *obligaciones y derechos* de los jueces y magistrados¹¹⁷.

Categorico es **BARRIOS de ANGELIS**: “El concepto de poder-deber indica la situación propia de la jurisdicción: *poder*, en cuanto fuerza positiva que determina necesariamente situaciones jurídicas de sujetos distintos de su titular; y también *deber*, que domina al poder, en cuanto este último se ejercita como consecuencia de la necesidad jurídica, en el caso, la de realizar los fines de justicia que incumben al Estado”¹¹⁸.

En la doctrina nacional, **ALSINA** refiere a *deberes y facultades*, aunque reconoce que la evolución de los estudios de derecho procesal, que atribuyen al juez una función pública encaminada al mantenimiento del orden jurídico determinado en las leyes sustanciales, impone la necesidad de otorgar *poderes* al juez en el proceso civil tendientes a la investigación de la verdad real frente a la verdad formal y conferirle la dirección del proceso a fin de evitar que la mala fe o la negligencia de las partes difieran el pronunciamiento o puedan motivar una solución injusta¹¹⁹.

LASCANO en su proyecto de 1935 instituyó *facultades y obligaciones* de los jueces (arts. 18 y 22)¹²⁰, mientras que **Ricardo REIMUNDÍN**, en su Anteproyecto de Código Procesal Civil¹²¹, tituló el capítulo IV “*Poderes y obligaciones del juez*”, si bien, como epígrafe del art. 19, aparece “*Enumeración de facultades*”.

PODETTI afirmó, que los jueces tienen *derechos y deberes* “que son o debieran ser correlativos, en el sentido de que aquéllos tiene como fin el correcto y exacto cumplimiento de los segundos y la omisión o deficiente ejercicio de los deberes debe ser motivo de la privación parcial o total, temporal o definitiva de los derechos...Ejercer la jurisdicción, en el límite de su competencia, en forma regular, metódica y temporalmente, empleando de manera oportuna y adecuada los diversos elementos que la integran, es deber básico fundamental de los jueces. Los demas

¹¹³ **CALAMANDREI**, Piero, “Instituciones de Derecho Procesal Civil...”, citada, vol. I, p. 393.

¹¹⁴ **DEVIS ECHANDIA**, Hernando, “Teoría General de la Prueba Judicial”, 6ª ed., Zavallia, Bs. As., 1988, Tº I, p. 82.

¹¹⁵ **MICHELLI**, Gian A., “La carga de la prueba”, trad. de Santiago SENTIS MELENDO, Temis, Bogotá, Colombia, 1989, p. 155.

¹¹⁶ **GUASP**, Jaime, “Estudios Jurídicos”, edición al cuidado de Pedro ARAGONESE, Civitas SA., Madrid, 1996, p.279.

¹¹⁷ **FAIREN GUILLEN**, Víctor, “Doctrina General del Derecho Procesal”, citada, p. 113.

¹¹⁸ **BARRIOS de ANGELIS**, Dante, “Diligencias para mejor proveer”, L.L. 84-796.

¹¹⁹ **ALSINA**, Hugo A., “Tratado...”, citada, Tº II, ps. 223 a 226.

¹²⁰ **David LASCANO** consideró que se trataba de un *poder* sin duda necesario para el cumplimiento de la *obligación* que se imponía al juez; no quería autorizar al juez para que adoptase determinadas medidas, sino imponerle el *deber* de que las adoptase, en armonía con las exigencias del proceso. **SENTIS MELENDO**, Santiago, “El Proceso Civil...”, citada, ps. 136-7.

¹²¹ Redactado por encargo del Poder Ejecutivo de la Pcia. de Salta, según decreto 794 del 19.7.1946, edición oficial, Salta, 1947.

deberes que las leyes y costumbres le imponen, son medios, considerados, idóneos, para facilitar y asegurar el más eficiente ejercicio de ese deber"¹²².

PALACIO señaló que "no es fácil trazar un nítido deslinde conceptual entre los deberes judiciales...y las facultades del mismo carácter...pues algunas de éstas...configuran, desde cierto punto de vista, deberes de los jueces..." y concluye: "En consecuencia, la diferencia existente en los que hemos caracterizado como deberes y las facultades del tipo de las mencionadas, reside en la mayor dosis de autonomía judicial que se halla ínsita en estas últimas"¹²³.

ALVARADO VELLOSO se atiene a la denominación que utiliza la ley de rito vigente en ese entonces, es decir, *deberes y facultades*, "entendiendo por *deber*, el imperativo jurídico que ordena una conducta positiva o negativa del juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad (administrativa, civil o penal) y por *facultad*, la aptitud, poder o derecho para hacer alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función"¹²⁴.

Clemente DÍAZ coherente con su concepto de jurisdicción que hemos transcripto en el Apartado anterior, sostuvo que debe implementarse *poderes deberes* de los jueces, por cuanto "no se trata de conceder al juez mayores *facultades*, que puede o no utilizar, a su libre arbitrio y sin que nadie le pueda, por su carácter simplemente potestativo, exigir que las realice, sino en atribuirle *poder-deberes* que el juez está constreñido a realizar, independientemente de la rogación de las partes"¹²⁵.

A modo de colofón sustentó, que no se trata de "*aumentar las facultades del juez*" o de "*dotar a los jueces de mayores atribuciones*", sino de "*aumentar los poder deberes de los jueces*"; el juez *no puede*, sino que *debe*, por lo que concluyó: "el Código Procesal que auténticamente resuma las aspiraciones de la comunidad debe ser un *código de deberes de los jueces y de cargas de las partes*"¹²⁶.

El deber es un mandato legal que nos fuerza a actuar de determinado modo frente a situaciones especificadas. Se muestra como un vínculo genérico-social, donde debe responderse al grupo social en cumplimiento de sus intereses por cargos por él mismo otorgados¹²⁷. En cambio, por facultades debe entenderse las "atribuciones que la ley confiere expresa o implícitamente pero cuyo ejercicio depende del arbitrio de ellos, quienes por tanto pueden asumir o no la conducta correspondiente"¹²⁸.

MORELLO reclamó que las *facultades* se transformen en *poderes-deberes* de los jueces, no de cumplimiento opcional y declinante, sino efectivo y en forma categórica sostuvo que el espesor institucional, modalidades, responsabilidad política y participación social del juez lo ha transformado en los tiempos actuales en garante no sólo de la justicia, sino también de la paz social, por lo que cobra otra altura, de decisivo papel e importancia. Su refulgente pensamiento lo expresó en

¹²² **PODETTI, J. Ramiro**, "Tratado de la Competencia", citada, ps. 253 y 254.

¹²³ **PALACIO, Lino**, "Derecho Procesal Civil", Abeledo-Perrot, Bs. As., 6ª reimpresión, 2010, Tº II, p. 225.

¹²⁴ **ALVARADO VELLOSO, Adolfo**, "El Juez. Sus deberes y facultades", Depalma, Bs. As., 1982, p. 9.

¹²⁵ **DÍAZ, Clemente A.**, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", citada, Tº I, p. 242.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 434.

¹²⁷ **BOURGINON, Marcelo**, "Deber de saneamiento del juez", Revista Jurídica Universidad Nacional de Tucumán, junio 1988.

¹²⁸ CCiv.Com.Lab.Minería, Esquel, Chubut, Sala Civil, "A., F. s. suc.", 7.12.2000, SAIJ Q 0011473.

estos términos: “Es en el presente uno de los operadores más activos y dinámicos del derecho (el otro es su insoluble asociado y escudero, el *abogado*)”¹²⁹.

Nuestra opinión es que en un Estado moderno es del interés público hacer justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es contar con un juez comprometido con las garantías constitucionales que prevén un proceso justo y que no abdique de la sagrada misión de dictar sentencias justas, basadas en el descubrimiento de la verdad. Y para ello, ese juez debe gozar de *poderes*,¹³⁰ pero para que éstos sean ejercidos por *todos* los jueces y en *todos* los casos y a fin de que los magistrados se encuentren obligados a hacer uso de ellos, el cuerpo legal debe imponerlos como *deberes*¹³¹, pues si es facultativo o sujeto a la discrecionalidad o arbitrariedad de aquéllos se genera el desconcierto del litigante y afecta la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

Por otra parte, no cabe duda alguna que los **poderes deberes** de la jurisdicción, son correlacionables, por cuanto a los justiciables les corresponde el derecho irrenunciable de exigir el cumplimiento irrestricto de los mismos.

El **poder** de los jueces deviene de la autoridad conferida por el Estado de dirigir el proceso y juzgar la controversia. Ese poder es **deber** porque no pueden eximirse de practicar los actos que le competen bajo ningún pretexto. **Poder y deber** constituyen un binomio que se concreta a través de la actividad pública judicial. En ese sentido, pues, **poder y deber constituyen el verso y reverso de la misma medalla**, consecuencia inevitable del concepto de jurisdicción proporcionada en el apartado anterior.

La vigencia de los **poderes deberes** permite al juez disponer lo necesario a fin de que nadie puede encontrarse en inferioridad jurídica, coadyuvando a la consecución de una real paridad o nivelación de las partes. Las normas procesales deben tener como norte la perfecta igualdad material de los litigantes, como un medio justo de protección de todos los derechos.¹³²

Por otra parte, los **poderes deberes** conferidos e impuestos a los jueces les permite adoptar las medidas necesarias tendientes al esclarecimiento de los hechos litigiosos que coadyuvará a dictar un pronunciamiento fundamentado en la realidad de los mismos, presupuesto indispensable y liminar de una sentencia justa.

Por ello, en el absoluto convencimiento de que no deben retacearse los poderes de los jueces por temor a que éstos abusen de ello, ni siquiera es necesario exhortaciones a la cautela y a la moderación, pues aquéllos no suelen pecar por excesos, sino por defecto; el verdadero peligro no es el de la exageración, sino la inercia judicial.

Hace décadas lo afirmaba **SENTIS MELENDO** que el peligro más frecuente que presentan los poderes del juez, es el no ejercicio de ellos, “un magistrado puede pasarse la vida sin hacer uso de esos poderes que la ley ha puesto en sus manos, y

¹²⁹ MORELLO, Augusto M., SOSA, Gualberto L. BERIZONCE, Roberto O., “Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Platense-Abeledo Perrot, La Plata, 2004, Tº X-A. Cap. 10, ps. 251 y sgtes.

¹³⁰ “Potencia de mando indispensable para que el juez cumpla su cometido y lleve a cabo su función”. SENTÍS MELENDO, Santiago, “La prueba...”, citada, p.190. “Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”. WEBER, M., “Economía y sociedad”, F.C.E., México, 2004, p. 43, citado por ANDRUET, Armando S. (h), “¿Es posible el autoritarismo judicial?”, L.L. 2010-A-834.

¹³¹ El deber se fundamenta en y preserva intereses públicos y su violación conlleva sanciones de diferentes alcances conforme a la naturaleza de la infracción incurrida.

¹³² JUAN PABLO II reclamó categóricamente “Una justicia que no se contenta en dar a cada uno lo suyo, sino que tienda a crear entre los ciudadanos condiciones de igualdad de oportunidades y a favorecer a aquellos que corren el riesgo de quedar relegados...”. Diario “La Nación”, 5.11.2000.

que los ha puesto para que se ejerciten”¹³³. La realidad tribunalicia no sólo de nuestro país, sino del universo entero, es la prueba mas palpable y concluyente de la certeza aseveración del maestro nacido en Soria, España, pero ciudadano argentino.

En forma similar se pronunció **ESCLAPEZ**,¹³⁴ cuando sostuvo que no hay que temer a las facultades otorgadas a los jueces: la ley 50, dictada en 1863, les daba facultades amplísimas, y desde esa época hasta ahora nunca se ha tenido noticias de que los jueces hayan incurrido en arbitrariedades por exceso en el ejercicio de las mismas; al contrario, el peligro está en que el juez, por exceso de trabajo o indiferencia, no haga uso de esas facultades, cuando la situación del pleito así lo exija.

Lo corrobora **Jaime GUASP** al transcribir conceptos de **BECENÑA** vertidos en 1928 (“Magistratura y Justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial): “La ley concede al Juez derechos que no usa y aun le impone obligaciones que no cumple”¹³⁵.

En definitiva, estoy absolutamente convencido para la mejor y más eficaz actividad jurisdiccional sobre la necesidad imperiosa de conferir a los jueces amplios poderes-deberes, en cuyo ejercicio razonable deberan respetar inescrupulosamente los derechos y garantías de los litigantes.

La consagración e instauración de los poderes-deberes de la jurisdicción, ha sido producto de una dilatada evolución histórica; el análisis del derecho pasado y su confrontación con el vigente resulta imprescindible a fin de poder extraer elementos que permitan una mejor sistematización y comprensión de la naturaleza, dimensión y características de aquéllos¹³⁶; por lo que se impone una exposición sintética del desarrollo histórico de las instituciones jurisdiccionales desde la época romana hasta nuestros días.

III. Evolución histórica de la actividad jurisdiccional

1. El Derecho Romano

Es sabido que en la antigüedad, superada las etapas de la propia autotela y la autocomposición, el procedimiento ha estado signado por ritualismos y simbolismos en manos de los pontífices. Finalizado el ciclo precívico, el sistema jurisdiccional comienza a tomar en Roma, características muy especiales y ello se expresa en las diferentes épocas.

En la primera de ellas, desde la fundación de Roma hasta la época de Cicerón regían las *legis actiones*, denominadas de esta manera porque fueron creadas por las leyes o porque estando ajustadas a las mismas palabras de la ley

¹³³ SENTIS MELENDO, Santiago, “La Prueba...”, citada, ps. 208 y 209.

¹³⁴ ESCLAPEZ, Hugo, “Los tres principios rectores del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, en Revista Jurídica de San Isidro, 1968-I-245.

¹³⁵ GUASP, Jaime, “Estudios Jurídicos”, citada, p. 281.

¹³⁶ “Es el estudio de la historia el que permite una completa penetración en la intimidad del dinamismo de un fenómeno jurídico determinado; así como también permite determinar ‘el compás’ con que hay que medir a las figuras jurídicas que la realidad actual nos muestra, a tenor de sus perspectivas en el tiempo pasado, y con cierta probabilidad, en el futuro. Es también el estudio histórico el que permite al jurista moderno una traslación de antiguos fenómenos, desde la esfera de lo mítico en que están reclusos, a la de lo arqueológico o de lo jurídico actual. Con esa traslación se satisface el espíritu científico y se calman las inquietudes provocadas por la persistencia del mito”. FAIRÉN GUILLEN, Víctor, “Una perspectiva histórica del proceso: la ‘*litis contestatio*’ y sus consecuencias”, en “Estudios de Derecho Procesal”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 14.

debían ser observadas de manera sacramental, inmutable e imperativa¹³⁷. Se estructuran a partir de las XII Tablas, las que recogieron legislativamente un sistema procesal que ya tenía vigencia de antiguo; cuyos caracteres principales eran: a) Sólo se podía accionar en determinados días, que eran los *dies fasti*; b) el juicio, o sea la resolución del diferendo, estaba precedido de una serie de ritos consistentes en palabras y gestos que formaban la *legis actio* propiamente dicha, los cuales estaban estrechamente vinculados a la religión romana; c) Predomina un formulismo extremado, de tal modo que una equivocación traía como consecuencia la inutilidad del acto.

En general coincide la doctrina en sus investigaciones históricas, que el ejercicio de la *iurisdictio* se hacía con la *tria verba*, es decir, con la fórmula que encontramos en los clásicos: *do, dico, addico*, que significaban *doy* (juzgaba), *digo* (decía el derecho, actividad puntual en el que se apoyaba la función jurisdiccional) y *adjudico* (según el derecho que se hubiera reconocido). Las acciones procesales eran inmutables, debiendo cumplirse con la misma precisión con que se cumplían las leyes a las que obedecía su existencia. De aquí la necesidad de que los litigantes, ajenos al secreto de las fórmulas, acudiesen a los sacerdotes, primeros juristas de la Roma antigua, únicos conocedores y guardadores de las mismas, para recibir asesoramiento a la hora de entablar un pleito. De esta forma, los pontífices se habían reservado el ser los intérpretes del derecho, como así también el ejercicio de una importante parcela del poder político. El procedimiento se dividía en dos fases bien diferenciadas, la primera *in iure* ante el magistrado y la segunda *apud iudicium* celebrada ante el juez privado elegido por las partes, reconociendo a éste el más amplio poder discrecional no solo en la valoración de las pruebas aducidas por las partes, sino también en la apreciación de las cualidades sociales y morales de las propias partes. Para la ejecución de la sentencia era preciso volver al magistrado.

En las postrimerías de este período y en una de las manifestaciones mayores de la dinámica y capacidad de adaptación del derecho romano a la evolución de su sociedad, se crea la institución del tribuno de la plebe, luego de que gran parte de sus miembros (*proletarii*) abandonan Roma y se trasladan al monte Sacro, como reclamo radical frente al, hasta entonces anquilosado, derecho de las Doce Tablas, que sólo favorecía a los patricios (*asidui*)¹³⁸.

La segunda época es la del *procedimiento formulario*, vigente hasta el reinado de Dioclesiano. La afluencia de extranjeros en el siglo III a. C. determinó la creación de los pretores peregrinos¹³⁹ -a partir del año 387 se convirtieron en los principales magistrados-, que en lugar del derecho *quiritario*, aplicaban el *ius gentium* juzgando los litigios entre los extranjeros o entre éstos y los romanos. Aquél tenía la facultad de determinar el derecho aplicable a los conflictos privados (*ius dicere*) y recepcionaba en su edicto, que publicaba al asumir su funciones, los usos y costumbres extranjeras volcándolos a la vida de los romanos. En este

¹³⁷ Se reguló el proceso como una similitud de la ficción teatral, carga de símbolos y de formas orales y gestuales, eran fórmulas rituales, manifestadas mediante declaraciones solemnes previstas en el *ius civile*, que debían cumplirse de manera estricta y con un procedimiento arcaico y rígidamente formalista. DI IORIO, Alfredo J., "Las variables que condicionan la evolución de las instituciones procesales", E.D. 210-805.

¹³⁸ DE COULANGES, Fustel, "La Ciudad Antigua", Edaf, 1982, p. 276, citado por DE LA RÚA, Fernando y SARAVIA FRÍAS, Bernardo, "Acciones de clase: Un avance pretoriano determinante del Alto Tribunal", L.L. 2009-C-247.

¹³⁹ Prueba fehaciente de la adaptación del derecho romano a las nuevas circunstancias fácticas que provocó la complicada y creciente sociedad romana, con la generación de nuevas instituciones, que no eran un abstracto emblema ni expresión ambiciosa de un vago prurito reformista, sino hallazgos geniales y certeros. ORTEGA Y GSSET, José, "Obras Completas", 2006, Tº V, p. 125 y sgtes., citado por DE LA RÚA, Fernando y SARAVIA FRÍAS, Bernardo, publicación mencionada.

procedimiento, las partes comparecen ante el pretor extranjero, exponen los hechos (en vez de recitar palabras solemnes y predeterminadas, exponen libremente sus derechos) y éste le asignaba no un juez único sino varios *recuperatores*, es decir, un órgano colegiado de tres o cinco miembros. El pretor les entregaba una sentencia condicional en la cual les indicaba la decisión a adoptar para el caso de que se realizaran determinadas comprobaciones; dicha sentencia, que se trasuntaba en un pequeño documento escrito, se llamaba "fórmula" que resumía los términos en que quedaba fijada la controversia.

Este procedimiento se correspondía con las características de la época, pues si en la República el pueblo decidía su destino en la asamblea pública y oral, en la que también se elegía a los gobernantes, era lógico que los conflictos individuales se decidieran en un procedimiento público y oral por un árbitro designado por las partes. Existía, por consiguiente, un compromiso entre administración de justicia en manos del Estado (magistrados) y decisión del caso en manos del particular (juez – árbitro). Es decir una combinación armónica del elemento público y privado¹⁴⁰.

Con el advenimiento del Imperio Romano, al afianzarse el poder estatal con detrimento de los poderes de los individuos¹⁴¹, comienza a regir la tercer etapa, se reemplaza el procedimiento dividido en dos etapas por el procedimiento oficial de la *extraordinaria cognitio*, cuya característica más importante consiste en que todo se desarrollaba bajo la dirección de funcionarios y jueces estatales a quienes se transfirió la plenitud de la jurisdicción, con atribuciones de impulso oficial y mayores poderes¹⁴².

Para MICHELI la "impronta publicística contrasta con el carácter arbitral del antiguo proceso", producto de ello es "la necesidad de dar al juez los instrumentos para decidir en todo caso del mejor modo, según la ley y la equidad"¹⁴³.

¹⁴⁰ Ibidem. Respecto de esta etapa se ha dicho que: "la época clásica se nos presenta como un caso de justicia ejemplar: tanto en el proceso civil como en el penal rige el principio de la libre apreciación de la prueba; un procedimiento público y oral, la inmediatez de la recepción de la prueba y la garantía de que se escuchará a ambas partes, afianzan al máximo el logro de la meta procesal, que es la averiguación, el descubrimiento de la verdad". GERHARD, Walter, "Libre apreciación de las pruebas", Temis, Bogotá, 1985, p. 25. AMBROSIONI señaló que en la segunda mitad del siglo III a. C. se creó una nueva magistratura "destinada a decidir las causas judiciales por medio del juicio por jurado, pero con la diferencia que la sustancia del mismo no estaba ya en las normas del derecho civil y en las formas religiosas adoptadas por la comunidad quiritaria sino en un nuevo procedimiento: las fórmulas creadas por el magistrado cuyos fundamentos eran la buena fe y la equidad y su contenido, los usos y las costumbres producidos por el comercio de los pueblos de la cuenca del Mediterráneo en sus seculares contactos entre sí. Con el transcurso del tiempo se comprobó que las soluciones halladas en ese nuevo tribunal eran más ágiles y adecuadas ante las exigencias de la realidad". AMBROSIONI, Carlos F., "El proceso romano", en "Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata", Tº XXII, 1963, p. 16.

¹⁴¹ Por una constitución del año 294 de nuestra era, Dioclesiano suprimió las últimas aplicaciones del procedimiento formulario, al ordenar a los presidentes de provincias conocer personalmente de todas las causas que hasta entonces estaban obligados a enviar ante un juez. PETIT, Eugene, "Tratado elemental de Derecho Romano", 9ª ed., trad. de José FERNANDEZ GONZALEZ, Albastro, Bs. As., 1954, p. 871.

¹⁴² El procedimiento era escrito y secreto, sustituyendo así la anterior oralidad y publicidad; la prueba se convirtió en más formalista para su mejor control, mediante el instituto de la prueba tasada, proliferando las presunciones *iuris tantum* como *iuris et de iure*; se sustituyeron las facultades del juez de libre apreciación de las pruebas por reglas probatorias, para cuya aplicación los jueces recibieron poderes inquisitorios para la averiguación de los hechos. DI IORIO, Alfredo J., publicación citada, L.L. 210-805.

¹⁴³ "Decaído el elemento fiduciario, que caracteriza la fase arbitral, hecha imposible la valoración de las personas de los sujetos al extenderse y complicarse las relaciones de la sociedad romana, el único modo para alcanzar siempre una decisión pareció el de dar al juez público las directivas a que atenerse en determinados casos. Así, la valoración de las pruebas, de libre se convirtió en vinculada, de manera que determinados medios de prueba fueron considerados como mejores que otros, o bien en algunos casos de ellos se le reconoció una eficacia no libremente apreciable por el magistrado. Además, fueron fijados los temas de prueba, considerados sin más como demostrados, y se determinó en general quien debía aducir las pruebas de las afirmaciones hecha en juicio.

No obstante las enormes influencias del poder político en las instituciones romanas, se ha afirmado que el Derecho Romano fue esencialmente un sistema de derecho privado, por eso mantuvo su influencia durante la dilatada época en que no existió un poder político organizado y fuerte¹⁴⁴.

2. El proceso germano primitivo o bárbaro

Luego de la disgregación del Imperio Romano por la invasión de los bárbaros,¹⁴⁵ se produjo una dispersión del poder estatal, que provocó una regresión a las formas de tutela privada. No hay jurisdicción porque no hay una organización política estatal que pueda asumir la función de la justicia. El espíritu guerrero de los germanos primitivos concibió el proceso como una guerra más. Constituía una verdadera lucha entre las partes, de carácter oral y público, llevado a cabo en una asamblea popular, presidido por un funcionario (conde) o tribunal, extremadamente formalista y estaba encaminado a “*dirimir*” la contienda más que a “*resolverla*” —como lo era en el Derecho Romano a través de una sentencia—; la solución de litigio no dependía del convencimiento del juez, sino del resultado de fórmulas solemnes.

El aspecto más importante del procedimiento consistía en la exposición de las demandas y defensas de las partes ante el tribunal, que determinaba el objeto de la controversia¹⁴⁶ y decidía qué pruebas debían ser practicadas y por qué parte; esta sentencia interlocutoria¹⁴⁷ —llamada *Beweisurteil* por los historiadores alemanes— que

Este complejo fenómeno se ha definido como el nacimiento de la *prueba legal* en sentido amplio”. MICHELI, Gian A., “La carga de la prueba”, citada, ps. 17-18.

¹⁴⁴ PIZZORUSSO, Alessandro, “Curso de Derecho Comparado”, Ariel, Barcelona, 1987, p. 47.

¹⁴⁵ La llamada “invasión de los bárbaros” fue más bien una lenta penetración, que comenzó en el año 376 y culminó en el 578. Pero a partir del año 476 no hubo más emperadores en Roma: el imperio de Occidente había caído y su territorio se dividió en pedazos, instalándose los francos y longobardos en las Galias; en Italia los ostrogodos primero y luego los longobardos; en España los visigodos; en Gran Bretaña los anglosajones; en los Balcanes los croatas y servios. Los invasores se habían dirigido casi todos a Occidente, y así fue como en Constantinopla pudo continuar un Emperador que gobernaba en Oriente, de los cuales el más célebre fue Justiniano (527-565), quien encomendó a un equipo de juristas —siendo los más famosos Triboniano y Teófilo— la tarea de reunir las leyes romanas, un extracto de las obras de los jurisconsultos y decretos imperiales, y al mismo tiempo revisarlas a fin de adaptarlas a la realidad del siglo VI. Este gigantesco trabajo consistió en la elaboración de las siguientes obras: 1. Las Pandectas o Digesto, colección de extractos de los trabajos de más de quinientos jurisconsultos de todas las épocas, dividido en cincuenta libros, finalizado en 533; 2. El Código Justiniano, colección de edictos y rescriptos de los emperadores desde la época de Constantino, promulgado en 529 y luego en 534; 3. Las Institutas, pequeño manual para uso de los estudiantes, especialmente en Beirut, Constantinopla y Atenas. Estas obras fueron utilizadas principalmente por los glosadores e hicieron posible la renovación de los estudios de la vida jurídica de los romanos. ALSINA, Hugo, “Tratado...”, citada, Tº I, p. 218, nota 4/1.

¹⁴⁶ CALAMANDREI proporcionó su propia versión de lo que ocurría en el primitivo proceso germánico: “en el cual las peticiones que la parte dirigía al juez, aun cuando pudiesen contener también la narración de un hecho, eran por lo general afirmaciones de puro derecho no acompañadas de hechos constitutivos de este derecho. El estado de los hechos era conocido a las partes o a las personas que ellas aducían probar su pretensión; éstas decidían a base de la noción del derecho consuetudinario los efectos jurídicos de tales hechos y solamente sometían al juez la conclusión de su silogismo al cual no pertenecía ningún poder de control sobre la operación mental precedentemente realizada por ellos. De donde resultaba que no el hecho sino sólo la pretensión de derecho constituía el objeto de la prueba, la cual evidentemente, no podía consistir más que en una prueba fomal”. CALAMANDREI, Piero, “La génesis lógica de la sentencia civil”, en “Estudio sobre El Proceso Civil”, citada, ps. 374-375

¹⁴⁷ Cuando en la actualidad aludimos a sentencia interlocutoria empleamos un concepto del derecho procesal germano. COUTURE, Eduardo J., “Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano”, citada, p. 16.

ponía fin al procedimiento, era definitiva y ordenaba una ordalía,¹⁴⁸ con el fin de determinar la parte vencedora.

La ordalía era decisiva, pues su resultado era siempre claro: la parte que se sometía a la misma debía “*purgarse*” de la acusación que le había dirigido la contraparte, y los resultados positivos o negativos de la prueba eran patentes para todos. Por consiguiente, el tribunal no tenía necesidad de intervenir nuevamente para emitir una sentencia fundada en el resultado de la ordalía: la combinación de la ordalía con la *Beweisurteil* era suficiente para proporcionar a las partes y al tribunal, así como al público, una solución clara de la controversia¹⁴⁹. No hay racionalidad en la apreciación de la prueba, porque el juez es un instrumento inerte del proceso y en éste sólo habla la voz de Dios y aquél se limita a comprobar cómo se ha pronunciado esa voz¹⁵⁰.

La sentencia se dictaba en representación de la comunidad –por ende, tenía efecto *erga omnes*, a diferencia del Derecho Romano en que la sentencia solo gozaba de efectos *inter partes*- y el funcionario se limitaba a dirigir el juicio y la ejecución del pronunciamiento era privada.

Consecuentemente, la influencia del derecho germánico hizo que en el comienzo de la Edad Media existiera una regresión en el proceso con respecto de las instituciones romanas, se retornó al predominio privado y la dispersión del poder¹⁵¹.

3. El proceso romano-bárbaro

En la transformación de los sistemas procesales que tuvo lugar en Europa continental entre los siglos VIII y XII, cabe señalar el interesante fenómeno que representó el derecho longobardo regulado en sus inicios por el edicto promulgado el 22 de noviembre del año 643 por el rey Rotario, cuyos lineamientos adoptaban características similares al modelo germánico tradicional expuestas en el ítem anterior (no había una clara distinción entre proceso civil y proceso penal).

¹⁴⁸ “Las ordalias tienen una historia antigua y poco clara, probablemente llegaron desde la India a Europa central donde fueron adoptadas por los pueblos germánicos... la ordalía más común y perdurable fue el duelo judicial, en el que las partes o sus adalides combatían frente a los jueces, aunque también otras formas fueron muy populares, como la prueba del “agua”, la prueba de la “caldera hirviente”, la prueba del “hierro candente”, la prueba del “fuego” y diversas versiones de estas técnicas básicas. Ahora bien, no todas las ordalias eran tan crueles: un expediente habitualmente utilizado era el juramento de una de las partes (*compurgatio*) y lo mismo ocurría con el juramento prestado por un grupo de personas (usualmente llamadas *coniuratores*) en auxilio de una de las partes. Todos estos medios de prueba eran comúnmente llamados “juicios de Dios” pues se fundaban, como premisa, en la convicción de que Dios debidamente invocado para asistir a las partes, determinaría directamente el resultado de la prueba, haciendo evidente la inocencia o la culpabilidad del sujeto que se sometía a ellas. En consecuencia, después de la conversión de las tribus germánicas a la religión católica, un sacerdote debía asistir a la ordalía y consagrar los instrumentos que debían ser utilizados para efectuarla”. TARUFFO, Michelle, “Simplemente la verdad”, trad. de Daniela ACCATINO SCAGLIOTTI, Marcial Pons, Madrid, 2010, ps. 15-16.

¹⁴⁹ TARUFFO le asigna a las ordalias el carácter de una técnica residual utilizada para decidir los conflictos cuando los medios de prueba ordinarios no habían logrado resolver las dudas acerca de los hechos; no estaba ni siquiera dirigida al tribunal, sino más bien a la contraparte. Para avalar su postura sostiene que las partes presentaban sus pruebas, documentos, testigos y aquellas como los *coniuratores* podían prestar juramento sobre los hechos que constituían la base de la controversia. Sólo cuando estos medios de prueba no determinaban un resultado claro con respecto a los hechos, el tribunal dictaba una sentencia –*Beweisurteil*- ordenando una ordalía, que no se entendía como medio de prueba en sentido estricto, es decir, como instrumento para determinar la verdad de los hechos en los que se basa la controversia. *Ibidem*, ps. 16-17.

¹⁵⁰ COUTURE, Eduardo J., “Trayectoria y destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano”, citada, p. 16.

¹⁵¹ DI IORIO, Alfredo J., publicación citada, L.L. 210-805.

Entre los años 717 y 734 el rey Liutprando promueve importantes reformas, introdujo una regulación precisa de la organización de los tribunales, compuestos por jueces profesionales y de las funciones y los deberes de estos en la aplicación de ley. Si bien no prohibió el duelo como método para resolver las controversias, formuló limitaciones adicionales para su utilización, y se consideraba el juramento como el medio más eficaz para descubrir la verdad de los hechos del caso, aunque determinó garantías y sanciones contra los juramentos falsos y dispuso que el juramento que no se correspondiera con la verdad de los hechos perdiera su valor como prueba definitiva. Se contempló el juramento colectivo a favor de las partes, prestado por los *coniuratores* y abrió el camino a tipos de pruebas mucho más modernas, como la utilización de documentos para demostrar diversos tipos de contratos e impuso sanciones para la falsificación de documentos; reguló la presentación en juicio y el valor probatorio de las *chartulae* (documentos), favoreciendo la prueba testifical. Los jueces se comportaban como activos y meticulosos indagadores de la verdad y tomaban en consideración cualquier fuente de información, como testigos y documentos; la búsqueda de la verdad sobre la base de las pruebas había llegado a ser una de las funciones fundamentales del juez, que disponía de los poderes necesarios para desarrollarla¹⁵².

TARUFFO sintetiza la concepción del derecho longobardo del siglo VIII en estos términos: "Liutprando no derogó formalmente las viejas reglas, pero fue sensible al valor que la *certa veritatis* reviste para la administración de la justicia, y dirigió sus reformas, aunque fuera gradualmente, hacia la obtención de una justicia fundada en una reconstrucción plausible, razonable, de los hechos del caso...marcó la formación de los jueces longobardos y el modo en que administraron justicia: se puede decir que la investigación de la verdad se instaló lenta, pero sólidamente, en su cultura"¹⁵³.

Durante el periodo franco del Reino Itálico –año 774 a 880- se observaron avances relevantes, pues "las partes presentaban oralmente sus argumentaciones al tribunal, y luego eran interrogadas por los jueces"; éstos "se ocupaban activamente de la adquisición de pruebas, leyendo los documentos e interrogando a los testigos; el interrogatorio se realizaba a través de una *inquisitio* conducida y transcrita en las actas labradas por el tribunal, que describían minuciosamente el desarrollo del proceso"; "el procedimiento estaba bien organizado, era conducido activamente por los jueces y se centraba en la presentación de pruebas y en la búsqueda de la verdad de los hechos del caso"¹⁵⁴.

A partir del siglo IX las ordalías se aplicaron a casos limitados y en algunas áreas de Europa, producto fundamentalmente de los serios cuestionamientos teológicos, que dieron lugar a repetidas condenas canónicas¹⁵⁵; y además, por la creciente influencia laica y jurídica. Si bien en parte de Europa central y septentrional se utilizaron hasta los siglos XV y XVI, en las regiones más evolucionadas del continente europeo –península itálica y Flandes- las ordalías habían sido medularmente sustituidas por el uso de tipos "modernos" de pruebas algunos siglos antes de la intervención de la Iglesia y del poder político¹⁵⁶.

¹⁵² **TARUFFO, Michelle**, "Simplemente la verdad", citada, ps. 20-21.

¹⁵³ *Ibidem*, ps. 23-24

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 25.

¹⁵⁵ A esas alturas estaba claro que las ordalías resultaban teológicamente discutibles porque desafiaban a Dios en materias en las que, en cambio, hubiera debido usarse la razón humana. SANTO TOMÁS, por ejemplo no creía que el pueblo confiara en la intervención divina en los duelos judiciales. *Ibidem*, p. 30.

¹⁵⁶ *Ibidem*, ps. 30-31.

Durante los siglos X y XI se produjeron importantes avances culturales - antecedentes liminares de la gran transformación cultural conocida como "el renacimiento cultural del siglo XII"- que se reflejaron en la formación profesional de jueces y abogados, que estaban en condiciones de desarrollar argumentaciones jurídicas fundadas frecuentemente en el conocimiento del derecho romano mediante la utilización de síntesis de reglas jurídicas como la *Concordia Gothana* y el *Liber legis Langobardorum*. Los jueces y notarios adquirían una preparación técnica especializada en la interpretación y la aplicación del derecho, incluso los juristas recibían formación retórica que no comprendía sólo el arte de argumentar oralmente en audiencia, sino también el arte de redactar escrituras y documentos. Todo ello desembocaba en una práctica judicial que dejaba de lado los juicios de Dios como medio para resolver controversias¹⁵⁷.

4. El proceso romano-canónico

A partir del inicio del segundo milenio, los anticuados institutos de la práctica germánica se desplomaron, y aún con todas sus numerosísimas variaciones, basadas sobre la legislación estatutaria comunal o de los príncipes, se trataba de un tipo de procedimiento derivado del derecho romano-canónico y común tal como éste se había ido formando en Italia y difundido por Europa, que presenta las siguientes características, expuestas magistralmente por el Maestro **Mauro CAPPELLETTI**¹⁵⁸:

a) Predominio del elemento escrito y vigencia del principio de la inexistencia jurídica de los actos procesales no resultantes de las "actas" (escritos, protocolos) de causa, y de la consiguiente nulidad insanable de la sentencia no enteramente basada sobre tales actos escritos.¹⁵⁹

b) Ausencia de intermediación entre el órgano juzgador y los otros sujetos (partes, testigos, peritos), así como también entre el juez y los elementos objetivos de prueba. Las pruebas no eran asumidas por el magistrado sino por uno o más terceros (interrogadores).¹⁶⁰

c) Falta de publicidad, rige el principio del secreto de la prueba testifical, para no sujetar al testigo a influencias y temores.

d) Los escritos provocan contraescritos. El procedimiento se convirtió en una secuencia larguísima de "términos", -por la contestación, la réplica, la dúplica, la tríplica, la cuádrupla, etc.- fragmentado, segmentado, diluido en una serie de fases o estadios preclusivamente separados entre sí. Asimismo privó una clara

¹⁵⁷ *Ibidem*, ps. 26-31.

¹⁵⁸ **CAPPELLETTI, Mauro**, "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", traducción de Santiago SENTIS MELENDO, EJE, Bs. As., 1972, ps. 34 a 46.

¹⁵⁹ TARUFFO nos proporciona una explicación sensata de la preeminencia que alcanza la escritura en el proceso civil de dicha época: Los siglos XI, XII y XIII fueron testigos de transformaciones profundas en la sociedad europea: el comercio se desarrolló en todo el continente y en otras zonas del mundo occidental, como el Imperio Bizantino; la economía local avanzó desde una agricultura de mera subsistencia a un cultivo organizado de la tierra y a la manufactura; existía circulación de objetos, libros y otros productos; emergieron ciudades autónomas -sobre todo en Italia- con sus formas de gobierno; estudiantes y profesores viajaban desde una universidad a otra, y el nivel general de vida mejoró de forma sustancial. Estas transformaciones sociales y económicas produjeron diversos efectos en el mundo del derecho, especialmente se hizo necesario redactar en forma escrita, conservar y, llegado el caso, probar todo tipo de transacciones comerciales, de modo que la profesión de los *notarii* se volvió importantísima, máxime desde que el *notarius* comenzó a conservar una copia de los documentos que redactaba. Consecuentemente la práctica cotidiana de las relaciones civiles y económicas determinó el giro, en el ámbito del proceso. **TARUFFO, Michelle**, "Simplemente la verdad", citada, p. 28. La decretal de 1216 del Papa Inocencio III estableció que todo acto procesal, aunque hubiese realizado ante el juez o por el mismo juez, se debía redactar por otro -notarios, actuarios, etc.- un protocolo. **CAPPELLETTI, Mauro** "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", citada, p. 35.

¹⁶⁰ Los jueces por sí raramente recibían testigos o los examinaban, sino que lo encomendaban a otros. *Ibidem*.

glorificación de las impugnaciones, permitiéndose controlar puntualmente la corrección y el fundamento en hecho y en derecho de las sentencias¹⁶¹.

e) Ante la ausencia de una intervención directa del juez sobre el desarrollo del proceso, las partes, y por ellas, sus defensores, vinieron a ser los árbitros casi absolutos del mismo; por tanto, el proceso se convierte en "cosa de las partes", con todos los abusos que podía derivar de ello. La consecuencia obvia era el carácter increíblemente largo del proceso, especialmente del ordinario.

f) El sistema de la prueba legal, en virtud del cual una larguísima lista de reglas vinculantes (noventa y seis) se fue imponiendo en materia de admisión y de valoración de las pruebas.¹⁶² Esta labor no la hace el juez, caso por caso y en consideración de los elementos concretos de credibilidad, de verosimilitud, de persuasión, sino apriorísticamente y en abstracto la prescribe la normativa legal; de ahí, que el juez en lugar de valorar las pruebas, se limitará a contarlas: *probatio nulla* (no admitida); *probatio plena* (vinculante para el juez); *sempierna probatio*; un tercio, un cuarto o un octavo de prueba, etc. etc. Ello demuestra una clara desconfianza hacia el juez, restándole así poder.

La necesidad de superar estos males provocó una diversificación de los tipos procesales. Así nacieron los procesos llamados sumarios indeterminados o plenarios rápidos mediante las Decretales del Papa Clemente V, la *Saepe contingit*, de 1306 y *Dispendiosam* de 1311¹⁶³, tendientes a la supresión de formalidades superfluas, concesión de facultades procesales (no materiales) al juez para repelerlas, suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, limitación de apelaciones independientes contra las resoluciones interlocutorias, acortamiento de plazos y sobre todo predominio de la oralidad frente a la escritura¹⁶⁴. También aparecieron los juicios ejecutivos –tanto las sentencias, como los instrumentos privados ejecutivos, deben ejecutarse por orden del juez–, nacidos en las ciudades italianas del Medioevo a fin de satisfacer los requerimientos del comercio¹⁶⁵.

Asimismo se advirtió que, en cierto tipo de causas, como las de alimentos, la imposibilidad de ejecutar la decisión del juez inferior era susceptible de producir perjuicios irreparables, por lo que se admitió que la apelación pudiera conceder "al solo efecto devolutivo", o sea, sin que la concesión del recurso suspendiese la jurisdicción del inferior.¹⁶⁶

¹⁶¹ Este era el propósito de la decretal de 1216, la cual se proponía impedir que un "juez "inico" pudiese perpetrar impunemente injusticias en daño del *innocens litigator*. Ibidem, p. 43, nota 110.

¹⁶² En noviembre de 1215 el Papa Inocencio III impuso en el Concilio IV de Letrán la prohibición a los sacerdotes de participar en las ordalías judiciales –los instrumentos que servían para realizarlas (espadas, objetos de hierro, agua, etc.) debían ser consagradas por aquéllos– lo que implicó hacer imposible la celebración de las mismas. **PATETTA, F.**, "Le ordalie", Bocca, Torino, 1890, p. 312, citado por **TARUFFO, Michelle**, "Simplemente la verdad", citada, p. 14.

¹⁶³ El proceso sumario dispensaba del libelo, de las formalidades de la litiscontestatio y sobre todo de la rígida sucesión de los numerosos términos, tendía –sin haberlo logrado, necesariamente– a concentrar las deducciones de las partes en una sola audiencia, a aumentar los poderes del juez en la dirección del proceso y a procurar los contactos directos del juez con las partes. **CAPPELLETTI, Mauro**, "La oralidad y las pruebas en el proceso civil", citada, p. 47, nota 118.

¹⁶⁴ **MONTERO AROCA, Juan**, "La nueva Ley de Enjuiciamiento española y la oralidad", conferencia en XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, San José de Costa Rica, 18 a 20 de oct. 2000, publicación oficial de relatorías y ponencias, Tº II, p. 285.

¹⁶⁵ **PODETTI, J. Ramiro**, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral", VII-A, "Tratado de las Ejecuciones", 2ª ed., act. por Víctor A. GUERRERO LECONTE, Ediar, Bs. As., 1968, p. 23.

¹⁶⁶ La consagración del poder político en el rey, quien solo delegaba sus atribuciones momentáneamente a los funcionarios inferiores generó la idea de devolver la competencia delegada transitoriamente, es decir, el juez actuaba por una delegación del poder real. **HITTERS, Juan C.**, "Técnica de los recursos ordinarios", Platense, La Plata, 1985, p. 357.